

Münster 1969
—

A. Korn
—

Die Entwicklung vom frühliberalen zum konstitu-
tionellen Staatsbegriff, dargestellt an den
Lehren Otto von Sarweys

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung

des akademischen Grades des Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster.

vorgelegt von

Armin Korn

aus Berlin

1970



1. Berichterstatter: Professor Dr. Hans-Ulrich
Seupin

2. Berichterstatter: Professor Dr. Menger

Dekan der Fakultät : Professor Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung:

18.7.1969

Meiner Frau

Inhaltsverzeichnis

Die Entwicklung vom frühliberalen zum konstitutionellen Staatsbegriff, dargestellt an den Lehren Otto von Sarweys.

Seite

Einleitung: Zu Thema und Methode der Untersuchung.

1 - 8

A. Die deutsche Staatsrechtslehre im 19. Jahrhundert auf dem Hintergrund der Auseinandersetzungen zwischen liberalen und konservativen Kräften. 9 - 23

B. Vom frühliberalen zum konstitutionellen Staatsbegriff - eine Gegenüberstellung liberaler und konservativer Staatsauffassungen zur konstitutionellen Otto von Sarweys. 24 - 352

I. Der juristisch-formale, konstitutionelle Staatsbegriff Sarweys. 24 - 112

	<u>Seite</u>
1. Die Grundbegriffe	24-38
a) Verständnis von Staat und Recht	24
b) Volk und Gesellschaft - ihre Beziehung zum Staat	30
2. Der "konstitutionelle" Verfassungsstaat	38
a) Staatsgewalt und Individuum	38
b) Das Wesen des Verfassungsstaats	42
c) Die Staatsgewalt im Verfassungsstaat	55
aa) Die Gewaltengliederung	55
bb) Staatsgewalt als Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung	60
(1) Die Gesetzgebung	61-75
(a) Ihre Funktion	62
(b) Das Gesetz	63
(c) Gesetzgebung und Verordnungsgewalt	66
(d) Die Verwaltungsgesetzgebung als Regulator der Verwaltung	69
(2) Die Rechtsprechung	76-82
(a) Abgrenzung von der Verwaltung	77
(b) Gerichte und Verwaltungsbehörden	78
(3) Die vollziehende Gewalt	83-92
(a) Vollziehung und Verwaltung	83

	<u>Seite</u>
(b) Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	88
(c) Aufgaben der Staatsverwaltung	90
3. Der konstitutionelle Verfassungs- staat - ein "Verwaltungsstaat"	93-104
a) Die innere Verwaltung	94
b) Verwaltungsrecht und Verwaltungs- lehre	97
c) Die sogenannte "Verwaltungsjuris- diktion"	101
4. Zusammenfassung	104
II. Der vernunftrechtlich-abstrakte, liberale Staatsbegriff und sein Wandel	112-247
1. Ausgangspunkt liberalen Staats- denkens	112-125
a) Die Grundannahmen der rationalisti- schen Naturrechtslehre	113
b) Kants Vernunftrecht a priori	120
2. Der Staatsbegriff bei einzelnen Staatsdenkern in der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts (Aretin, Jordan, Rotteck, Welker, Mohl)	125-149

a)	Die rechtliche Begründung des Staates	125
b)	Der Inhalt des Staatsbegriffes	136
c)	Staatsform und Staatsgattung	145
3.	Der "Rechtsstaat" als besondere Staatsgattung	149-180
a)	Begriff des Rechtsstaates	149
b)	Die Staatsgewalt im Rechtsstaat	151
aa)	Der Dualismus Individuum-Staat	153
bb)	Verständnis der Gewaltenteilung	166
4.	Der Wandel des liberalen Staatsdenkens in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts (insbesondere Gierke und Bähr)	181-209
a)	Der Staat als Organismus und Genossenschaft	183
b)	Der gewandelte Rechtsstaatsbegriff	188
aa)	Definition des Rechtsstaates	189
bb)	Die Auffassung vom Recht	191
(1)	Das Verhältnis von Geboten des Rechts zu denen der Sittlichkeit	192
(2)	Die soziale und nationale Aufgabe des Rechts	194
c)	Die Verwirklichung des Rechtsstaats durch eine bestimmte Organisation der Staatsgewalt	196

aa) Die Gesetzgebung	197
bb) Die Rechtsprechung	199
cc) Rechtsprechung und Regierungsgewalt	200
5. Zusammenfassung	206
III. Der sachlich-zweckbezogene, konservative Staatsbegriff	209-317
1. Voraussetzungen konservativen Staatsdenkens	209-217
a) Die politische Romantik (Adam Müller)	217
b) Der Einfluß der Hegel'schen Staatsphilosophie	225
2. Staat und Gesellschaft (L. von Stein)	236
3. Der sachlich-zweckbezogene konservative Staatsbegriff in seiner besonderen Ausprägung bei Stahl und Gneist	247-267
a) Der Staat als "sittliches Reich der Menschen" (Stahl)	249
aa) Ziel und Begrenzung des Staates	253
bb) Das Wesen der sittlichen Ideen und ihre Verwirklichung	255
b) Staat als Ordnung der Gesellschaft (Gneist)	257

aa)	Das egoistische Wesen der Gesellschaft	260
bb)	Das altruistische Wesen des Staates	263
cc)	Die Beziehungen von Staat und Gesellschaft	265
4.	Der konservative Rechtsstaat - eine ethisch-soziale Ordnung	267-317
a)	Die Stahl'sche Formel	269
b)	Der Organismus "Rechtsstaat" und seine Aufgabe bei Gneist	273
aa)	Die staatliche Ordnung der Gesellschaft	275
bb)	Die Integration der Gesellschaft in den Staat	277
(1)	Konstitutionalismus	278
(2)	Selfgovernment	279
c)	Die Staatsgewalt im Rechtsstaat bei Stahl und Gneist	282
aa)	Das monarchische Prinzip	283
bb)	Die Gewaltengliederung	288
(1)	Die Gesetzgebung	289
(2)	Die Exekutive	296

	<u>Seite</u>
(3) Die Rechtsprechung	302
5. Zusammenfassung	312
IV. Die Kritik Otto von Sarweys am liberalen und konservativen Staats- begriff	317-352
1. Stellungnahme zum liberalen Staats- denken	318-335
a) Ablehnung des extremen Individua- lismus	318
b) Würdigung der abstrakt-vernunft- rechtlichen Methode	321
c) Kritik am liberalen, "politischen" Rechtsstaat	325
2. Stellungnahme zum konservativen Staatsdenken	335-352
a) Ablehnung der romantischen Staats- auffassung und der hirstorischen Schule	337
b) Übernahme von Elementen der konser- vativen Staatsauffassung	340
c) Kritik an konservativen Vorstellun- gen vom Rechtsstaat	347
C. Zusammenfassung: Ergebnisse und Erkenntnisse	352-400

Literaturverzeichnis

Ahrens, Heinrich

Naturrecht (Cours de droit naturel) oder Philosophie des Rechts und des Staates auf dem Grunde des ethischen Zusammenhanges von Recht und Kultur 6., durchaus neu bearbeitete, durch die Staatslehre und die Principien des Völkerrechts vermehrte Auflage, Band 1 und 2, Wien 1870/71.

Albrecht, Wilhelm
Eduard

Rezension von Romeo Maurenbrechers "Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts" in Göttinger Gelehrte Anzeigen 1837, 1491.

Angermann, Erich

"Die Verbindung des polizeistaatlichen Wohlfahrtsiedeals mit dem Rechtsstaatsgedanken

Angermann, Erich

... im deutschen Früh-liberalismus" in Historisches Jahrbuch der Görresgesellschaft 1955, 462

Aretin, Johann Christ.
Freiherr von

Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie,
Band 1 und 2, Altenburg
1824

und

Rotteck, Karl Wenzes-
laus
Rodecker von

2. Auf., Band 1 und 2,
bearbeitet von Karl von
Rotteck 1840
zitiert: v. Aretin, Staatsrecht

Bähr, Otto

Der Rechtsstaat - eine
publicistische Skizze,
Göttingen 1864

Bloch, Ernst

Naturrecht und menschliche
Würde, Frankfurt 1961

Böckenförde, Ernst
Wolfgang

Gesetz und gesetzgebende
Gewalt, Berlin 1958
zitiert: Gesetz

- Die deutsche verfassungs-
geschichtliche Forschung in
19. Jahrhundert,
Berlon 1961
zitiert: Verfassungsge-
schichtliche Forschung
- Dahlmann, Friedrich
Christoph Die Politik auf den Grund
und das Maß der gegebenen
Zustände zurückgeführt,
Band 1, 2. verbesserte Auf-
lage, Leipzig 1847
zitiert: Politik
- Ellwein, Thomas Das Erbe der Monarchie in
der deutschen Staatskrise,
München 1954
- Gerber, Carl Friedrich Über öffentliche Rechte
von 1852 (Neudruck 1913)
Tübingen 1913
- Gerlach, Ernst Ludwig Ernst Ludwig von Gerlach -
von Aufzeichnungen aus seinem
Leben und Wirken 1795 -
1877, herausgegeben von
Jakob von Gerlach, Band
1 und 2, Schwerin 1903

Gierke, Otto von

Das deutsche Genossenschaftsrecht Band 1 - 4,
1. Auflage 1868 ff., unveränderter Nachdruck
Darmstadt 1954
zitiert: Genossenschaftsrecht

"Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft" in Schmollers
Jahrbuch, Band VII, 1883
zitiert: Laband

"Rudolf von Gneist" -
Gedächtnisrede, Berlin
1896
zitiert: Gedächtnisrede

Die soziale Aufgabe des
Privatrechts, Frankfurt/M.
1943

Gneist, Rudolf von

Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und
Selbstverwaltung nach eng-

Gneist, Rudolf von

lischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksicht auf Verwaltungsreform und Kreisordnungen in Preußen, Berlin 1869
zitiert: Verwaltung

Die preußische Kreisordnung in ihrer Bedeutung für den inneren Ausbau des deutschen Verfassungsstaates, Berlin 1870
zitiert: Kreisordnung

Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England
3. umgearb. Auflage,
Berlin 1871
zitiert: Selfgovernment

Der Rechtsstaat, Berlin 1872
zitiert: Rechtsstaat

Gneist, Rudolf von

Die Eigenart des preußischen Staates, Berlin 1873
zitiert: Eigenart

Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2 umgearb. Auflage, Berlin 1879
zitiert: Rechtsstaat

Artikel "Verordnungsrecht" in Rechtslexikon, herausgegeben von Franz von Holtzendorff, Band III, 2, S. 1059 ff., 3. Auflage 1881

zitiert: Verordnungsrecht

Englische Verfassungsgeschichte, Berlin 1882
zitiert: Verfassungsgeschichte

Das englische Parlament in tausendjährigen Wandlungen vom 9. bis zum

- | | |
|-----------------------------------|--|
| Gneist, Rudolf von | Ende des 19. Jahrhunderts,
2. Auflage Berlin 1886
zitiert: Parlament |
| | Die nationale Rechtsidee
von den Ständen und das
preußische Dreiklassen-
wahlsystem - eine sozial-
historische Studie, Ber-
lin 1894
zitiert: Rechtsidee |
| Heffter, Heinrich | Die deutsche Selbstver-
waltung im 19. Jahrhundert
- Geschichte der Ideen
und Institutionen, Stutt-
gart 1950 |
| Hegel, Georg Wilhelm
Friedrich | Grundlinien der Philoso-
phie des Rechts, Berlin
1821, herausgegeben mit
den red. Zusätzen von Ed.
Gans, 3. Auflage, Stutt-
gart 1952
zitiert: Philosophie des
Rechts |

Hegel, Georg Wilhelm
Friedrich

Aufsätze aus Kritisches
Journal der Philosophie,
neu herausgegeben von Her-
mann Glockner, Stuttgart
1927

System der Philosophie,
Teil 3: Philosophie des
Geistes, herausgegeben
von Boumann, Stuttgart
1929

zitiert: System der Philo-
sophie

Höhn, Reinhard

Der individualistische
Staatsbegriff und die
juristische Staatsperson,
Berlin 1935

Otto von Gierkes Staats-
lehre und unsere Zeit, zu-
gleich eine Auseinander-
setzung mit dem Rechts-
system des 19. Jahrhun-
derts, Hamburg 1936

Huber, Ernst -
Rudolf

Deutsche Verfassungsge-
schichte seit 1789, Band I:
Reform und Restauration,
Band II: Der Kampf um Ein-
heit und Freiheit 1830 -
1850, Band III: Bismarck
und das Reich, Stuttgart
1957 ff.
zitiert: Verfassungsge-
schichte

Jordan, Sylvester

Versuche über Allgemeines
Staatsrecht in systema-
tischer Ordnung und mit
Bezugnahme auf die Poli-
tik, Marburg 1828
zitiert: Allgemeines
Staatsrecht

Kant, Immanuel

Die Metaphysik der Sitten,
Teil 1: Metaphysische An-
fangsgründe der Rechts-
lehre, Ausgabe: Vorländer,
Hamburg 1954
zitiert: Rechtslehre

- Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 1 und 2, 2. umgearb. Auflage, Freiburg 1888/91
- Leo, Heinrich Studien und Skizzen zu einer Naturlehre des Staates, Halle 1833
- Maistre, Joseph de Betrachtungen über Frankreich (considerations sur la France) - 1796
Über den schöpferischen Urgrund der Staatsverfassungen, deutsch von Friedrich von Oppeln-Bronikowski, herausgegeben von Peter Richard Rohden, Berlin 1924
- Maurenbrecher, Romeo Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechtssystems, Frankfurt 1837
- Meinecke, Friedrich von Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte, München und Berlin 1924

Mohl, Robert von

Das Staatsrecht des König-
reiches Württemberg, Band
1 und 2, Tübingen 1829,
2. umgearb. Auflage,
Tübingen 1846
zitiert: Staatsrecht

Die Verantwortlichkeit der
Minister in Einherrschaft-
ten mit Vollstreckung,
rechtlich, politisch und
geschichtlich entwickelt,
Tübingen 1837

Die Polizeiwissenschaft
nach den Grundsätzen des
Rechtsstaates, Band 1 und
2, 2. Auflage Tübingen
1844/45, 3. Auflage, Tü-
bingen 1866
zitiert: Polizeiwissen-
schaft

Die Geschichte und Litera-
tur der Staatswissenschaften,
Band 1 bis 3, Erlan-
gen 1855 - 58, zit. Geschichte

- Mohl, Robert von Enzyklopädie der Staatswissenschaften, 2. umgearb. Auflage, Freiburg/Tübingen 1872
zitiert: Enzyklopädie
- Müller, Adam Heinrich Vom Geist der Gemeinschaft
1. (Die Elemente der Staatskunst
2. (Versuche einer neuen) Theorie des Geldes, zusammengefaßt und eingeleitet von Friedrich Bülow, Leipzig 1931
zit. Müller
- Prelot, Marcel Histoire des Idées politiques, Paris 1961
- Planitz-Eckhardt Deutsche Rechtsgeschichte von Hans Planitz, 2. Aufl. bearbeitet von Karl August Eckhardt, Graz - Ulm 1961
- Preuss, Hugo Staat, Recht und Freiheit Aus 40 Jahren deutscher ...
... Rechte.

- Preuss, Hugo Politik und Geschichte.
Mit einem Geleitwort von
Theodor Heuss, Tübingen 1926
- Redlich, Josef Englische Lokalverwaltung,
Leipzig 1901
- Ritter, Joachim "Das Wesen der Philosophie"
in Aufgaben deutscher For-
schung, Köln und Opladen
1956
zitiert: Philosophie
- Hegel und die Französische
Revolution, Frankfurt/Main
1957
- Rochau, August Ludwig Grundsätze der Realpolitik
von angewendet auf die staatli-
chen Zustände Deutschlands,
Stuttgart 1853
- Rotteck, Karl Wenzes- Lehrbuch des Vernunftrechts
laus Rodecker und der Staatswissenschaf-
ten Band 1: Lehrbuch des
von natürlichen Privatrechts,

Rotteck, Karl Wenzes- Band 2: Lehrbuch der all-
laus Rodecker gemeinen Staatslehre,
von Band 3: Lehrbuch der mate-
riellen Politik, Band 4:
Lehrbuch der ökonomischen
Politik oder Encyclopädie
der Staatswissenschaften
1834 - 1848
zitiert: Vernunftrecht

Artikel "Naturrecht" und
"Constitution" in Staats-
lexikon, herausgegeben von
Rotteck/Welcker, Altona
1838

Sarwey, Otto von "Volk und Staat" in Deut-
sche Vierteljahresschrift
1866, Heft 1, Seite 127

Das öffentliche Recht und
die Verwaltungsrechtspfle-
ge, Tübingen 1880
zitiert: Öffentliches Recht

- Sarwey, Otto von Das Staatsrecht des König-
reiches Württemberg,
Tübingen 1883
- Allgemeines Verwaltungs-
recht, Freiburg/Tübingen
1884
zitiert: Verwaltungsrecht
- Schiffer, Eugen Rudolf von Gneist, Berlin
1929
- Schmitt, Carl Verfassungslehre, München
und Leipzig 1928
- Schnabel, Franz Deutsche Geschichte im
neunzehnten Jahrhundert,
Band 1 - 4, 2. Auflage,
Freiburg 1949 - 51
zitiert: Geschichte
- Sieyès, Emmanuel Qu'est ce que le tiers -
état? Was ist der dritte
Stand? - Flugschrift 1789,
übersetzt und eingeleitet
von Otto Brandt, Berlin
1924

Stahl, Friedrich
Julius

Das monarchische Princip -
Eine staatsrechtlich poli-
tische Abhandlung, Heidel-
berg 1845
zitiert: Das monarchische
Prinzip

Die Philosophie des Rechts,
2 Bände. 2. Band: Rechts-
und Staatslehre auf der
Grundlage christlicher
Weltanschauung, 2. Abtei-
lung, 4. Buch: Die Staats-
lehre und die Principien
des Staatsrechts, 5. Auf-
lage, Tübingen 1878,
6. unveränderte Auflage
Darmstadt 1963
zitiert: Philosophie

Staatslehre im Auszug neu
herausgegeben, Berlin 1910
zitiert: Staatslehre/Auszug

Stahl, Friedrich
Julius

Siebzehn parlamentarische
Reden und drei Vorträge von
Stahl, nach letztwilliger
Bestimmung geordnet und
herausgegeben, Berlin 1862
zitiert: Reden

Die Philosophie des Rechts
(1830 - 1837). Eine Aus-
wahl nach der 5. Auflage
(1870). Eingeleitet und
herausgegeben v. Henning
v. Arnim 1926 Tübingen
zitiert: Philosophie (Aus-
wahl)

tein, Lorenz von

Staat und Gesellschaft -
Geschichte der sozialen
Bewegung in Frankreich
(Auszug), herausgegeben
und eingeleitet von Hein-
rich Aschenbrenner, Zürich,
Leipzig, Stuttgart 1934

Verwaltungslehre und Ver-
waltungsrecht; Deutsches
Rechtsdenken, Heft 14,

- | | |
|-----------------------------|--|
| Stein, Lorenz von | herausgegeben von Erik Wolf,
2. Aufl., Freiburg 1958 |
| Triepel, Heinrich | Staatsrecht und Politik,
Berlin, Leipzig 1927 |
| Treitschke, Heinrich
von | Gesellschaftswissenschaft -
Ein historischer Versuch
Halle 1927 |
| | Deutsche Geschichte im
neunzehnten Jahrhundert,
Gesamtausgabe in 10 Bänden,
Leipzig 1927 ff. |
| Volz, Otto | Christentum und Positivismus. Die Grundlagen der
Rechts- und Staatsauffassung
Friedrich Julius Stahls
Tübingen 1951 |
| Welcker, Karl Theodor | Staatslexikon, Artikel
"Natürliche Grundlagen",
"Gesetz" und "Staatsauf-
fassung", herausgegeben von
Rotteck/Welcker, Band 6,
Altona 1838 |

Wolf, Erik

Große Rechtsdenker der
deutschen Geistesge-
schichte, Tübingen 1939

Zehntner, Hans

Das Staatslexikon von
Rotteck und Welcker -
Eine Studie zur Geschichte
des deutschen Frühlibera-
lismus, Jena 1929

Einleitung: Zu Thema und Methode der Untersuchung

Mit dem Thema stellt sich die Aufgabe, die Entwicklung des Staatsbegriffs in der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts darzustellen. Die vorliegende Untersuchung kann und will aber nicht im einzelnen alle Lehren und Theorien, die im Verlauf des vorigen Jahrhunderts entwickelt wurden, behandeln. Sie konzentriert sich auf die Darstellung und Analyse eines bestimmten Aspektes dieser Entwicklung, der freilich geeignet ist, die Gesamtentwicklung zu verdeutlichen, auf das Wesen und den Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. Denn die Frage nach der Gestaltung und Schaffung einer "verfaßten" Monarchie steht im Mittelpunkt der Verfassungstheorie des 19. Jahrhunderts (1). Die besonderen Problemstellungen der deutschen Staatsrechtslehre in dieser Zeit als Teil der deutschen Verfassungsgeschichte, mit ihren eigenständigen verfassungsrechtlichen Entwicklungen in den verschiedenen deutschen Territorien, den Einflüssen französischer oder angelsächsischer Verfassungstheorien, dem Streben nach nationalstaatlicher Einheit (2), können nur am Rande be-

(1) Huber, Verfassungsgeschichte III, S. 3

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 374

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

TO THE

handelt werden. Doch kann eine Darstellung der Entwicklung der Staatsrechtslehre im Deutschland des 19. Jahrhunderts nicht völlig auf die verfassungshistorische Einordnung verzichten. Der einführende Abschnitt der Untersuchung soll deshalb aufzeigen, daß sich die Entwicklung der deutschen Staatsrechtslehre nicht beziehungslos zu der übrigen historischen Entwicklung vollzog, sondern ein Teil der übrigen geistig-politischen Entwicklung in Deutschland ist (1). Mit der Einordnung in diese Gesamtentwicklung wird klar, daß ihr Ergebnis nicht ein bloßes Nebeneinander oder eine durch äußere Fakten bestimmte Aufeinanderfolge von Lehren, Theorien und Meinungen war.

Mit den Staatstheorien zu Beginn des 19. Jahrhunderts, mögen sie nun liberal oder konservativ geprägt sein, beginnt die Entwicklung fort vom absoluten Herrscherstaat hin zu einer "verfaßten" Staatsordnung. Die Vorstellungen von dieser Staatsordnung sind zwar noch stark von fremden Leitbildern, den Theorien Lockes, Smith, Burkes, Montesquieus und Rousseaus beeinflusst.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, Vorwort

Die Verarbeitung dieser Vorstellungen zu Rechtssystemen und der Versuch, damit die deutsche Staatswirklichkeit zu gestalten, hatten aber zur Folge, daß das "Verfassungsrecht" erstmals als Disziplin eines wissenschaftlichen deutschen Staatsrechts betrieben wurde (1). Von nun an waren von verfassungsrechtlichen Unterscheidungen, Interpretationen und Abgrenzungen auch praktische Rechtsfolgen abhängig. Im Verlauf dieser Entwicklung erscheint der Begriff "Rechtsstaat", als eine Staatsgattung, die vom Recht geprägt ist (2). Bei der geschichtlichen Einordnung in diesen Rahmen bleiben in dieser Schrift aber die verfassungs- und staatsrechtlichen Aspekte im Vordergrund, die rein verfassungshistorischen treten zurück.

Auch die rechtsphilosophische Problemstellung wird nur insoweit behandelt, als sie den verfassungs- und staatsrechtlichen Aspekt vertiefen soll. Das gilt insbesondere für die Rechtsphilosophien Kants und Hegels. Beider

(1) Ellwein, S. 38

(2) Ellwein, S. 24

Rechtsphilosophie ist für das Verständnis der Staatsrechtslehren der hier behandelten Autoren Voraussetzung. Wenn aber einzelne Gedanken Kants oder Hegels erwähnt werden, um damit den Denkansatz von Liberalismus oder Konservatismus aufzuzeigen, dann ist es klar, daß damit weder Kant noch Hegel auch nur in ihren den Staat betreffenden Lehren voll erfaßt sind. So verschieden ihre Philosophie aber auch interpretiert werden mag, über eines herrscht Übereinstimmung: Die Ambivalenz ihres Denkens macht sie zwar unterschiedlichster Interpretation zugänglich, die Staatsrechtslehren im 19. Jahrhundert sind aber von ihnen so entscheidend beeinflußt worden, daß sie ohne ein Eingehen auf die Rechtsphilosophie Kants und Hegels unverständlich blieben (1).

Das Thema setzt der Untersuchung einen bestimmten Bezugspunkt: die Staatsauffassung des württembergischen Staatsrechtlers Otto von Sarwey (1825 - 1900). Die Lehren Sarweys markieren zeitlich den Schlußpunkt für die Untersuchung der Entwicklung des Staatsbegriffs im 19. Jahrhundert. Sie gehören der Periode der deutschen

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 330
Ellwein, S. 18

Staatsrechtslehre an, die später mit dem Begriff "konstitutionell" bezeichnet wurde, im Gegensatz zur "liberalen" und "konservativen" Staatstheorie. Sie waren das Ergebnis einer bestimmten verfassungspolitischen Situation, der Verfassungsrechtslage in den konstitutionellen Monarchien Deutschlands und deren Auslegung durch die konstitutionelle Theorie, die sich einer bestimmten juristisch-formalen Methode bediente, wie sie von Laband und Gerber begründet wurde (1).

Der "konstitutionelle" Staatsbegriff Sarweys ist Ausgangspunkt und Kern der vorliegenden Untersuchung. Wenn sein Staatsbegriff als "konstitutionell" bezeichnet wird, die Staatsauffassungen der übrigen behandelten Staatsdenker demgegenüber mit Begriffen wie "liberal" oder "konservativ" charakterisiert werden, so geschieht das nicht, um sie in ideologisch-politische Kategorien zu pressen und sie so zu etikettieren. Die Verwendung dieser Begriffe dient lediglich dazu, die geschichtlich-politischen Bedingheiten der staatsrechtlichen Be-

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 15

griffsbildung zu unterstreichen (1). Bei der Vieldeutigkeit von politischen Begriffen wie "liberal", "konservativ" oder "konstitutionell" erschien es angebracht, ihnen Begriffspaare wie vernunftrechtlich-abstrakt, sachlich-zweckbezogen und juristisch-formal beizufügen, die die besondere Methode der jeweils behandelten Staatsauffassung kennzeichnen. Diesem methodischen Aspekt ist umso größere Aufmerksamkeit zu schenken, als zwischen dem methodischen Grundarsatz eines Autors und seinen staatsrechtlichen Begriffen ein enger Zusammenhang besteht. Denn diese Begriffe können nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit ihrem methodischen Ausgangspunkt erfaßt und verstanden werden (2).

Die behandelten Autoren sind deshalb auch nach der von ihnen gewählten Methode gruppiert und in eine bestimmte Systematik eingeordnet. Autoren nach systematischen Gesichtspunkten zu ordnen, ist problematisch, weil damit zwar eine pointierte Kennzeichnung erreicht wird, Übergänge und Zweifelsfragen dadurch aber ungerechtfertigterweise verwischt werden.

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 15

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 17

Um dem zu begegnen, wurde, wo es nötig erschien, einzelnen Abschnitten eine besondere Einordnung vorangestellt. Der Staatsbegriff Sarweys repräsentiert die konstitutionelle Staatstheorie. Ihm sind die liberalen und konservativen Auffassungen gegenübergestellt worden. Dadurch wird ein Vergleich und eine Differenzierung ermöglicht: Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Tendenzen werden sichtbar. Nach Möglichkeit kommen die Autoren selbst zu Wort. Im Interesse der Übersichtlichkeit der Darstellung konnte aber nicht jede Auffassung so berücksichtigt werden, wie es ihrem Rang entsprochen hätte und der Vollständigkeit halber wünschenswert gewesen wäre.

Es kam aber weniger darauf an, ein vollständiges Bild der Entwicklung zu zeichnen, als vielmehr, ihre typischen Merkmale und Tendenzen zu verdeutlichen. So sind vor allem solche Autoren ausgewählt und Sarwey gegenübergestellt worden, deren Lehren und Ideen besondere Bedeutung und Wirkung zukommt, wie die Liberalen Aretin, Jordan, Rotteck, Welker und Mohl oder die Konservativen Stein, Stahl und Gneist. Sie sollen auch für die Nichtberücksichtigten repräsentativ sein.

Der Gegenüberstellung der Staatsauffassungen und Methoden folgt die Kritik Sarweys an ihnen. Dabei wird zugleich deutlich, was Sarwey den zeitlich führenden Auffassungen für die Ausformung des eigenen Staatsbegriffs verdankt.

Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse und Erkenntnisse der Untersuchung zusammengefaßt.

Die deutsche Staatsrechtslehre im 19. Jahrhundert und die Auseinandersetzungen zwischen liberalen und konservativen Kräften

Die Entwicklung der deutschen Staatsrechtslehre im 19. Jahrhundert ist Teil der allgemeinen geistesgeschichtlichen, sozialen und politischen Entwicklung in Deutschland. Sie wurde maßgeblich von den Auseinandersetzungen zwischen der liberalen und konservativen Bewegung bestimmt (1).

Die L i b e r a l e Bewegung hat in Deutschland von Anfang an zwei Ziele verfolgt: einmal die Erfüllung des gesellschaftlich-staatlichen Lebens mit liberalem Gedankengut, zum anderen die nationale Einigung Deutschlands.

Das e r s t e Ziel war radikaler und undifferenzierter. Der Liberalismus geht von der angeborenen Freiheit des Einzelnen aus und erkennt überindividuelle, vor allem staatliche Bindungen nur an, soweit sie den Eigenwert der Einzelfreiheit nicht antasten. Sein Ziel ist die Sicherung

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 326/388

der Freiheit der Gesellschaft im Staat, nicht die Aufrichtung der Herrschaft der Gesellschaft über den Staat (1). Von der freien Entfaltung des einzelnen erhoffte er sich den ständigen Fortschritt im staatlichen und gesellschaftlichen Leben. Die bestehende alstäändisch-feudale Gesellschaftsordnung sollte von einer bürgerlichen abgelöst werden. Diese bürgerliche Gesellschaftsordnung war durch vier Merkmale gekennzeichnet (2):

"erstens durch die Befreiung des Einzelnen aus den überlieferten ständischen und staatlichen Bevormundungen und seinen Durchbruch zur personalen Autonomie, das heißt zur freien Selbstbestimmung in seinem staatsfreien Eigenbereich, besonders in der Wirtschaft und der Kultur;

zweitens durch die Selbstregulierung des wirtschaftlichen und kulturellen Schaffensprozesses im freien Spiel der Kräfte und das Erreichen eines maximalen wirtschaftlichen und kulturellen Leistungsstand im freien Leistungswettbewerb;

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 374

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 310

drittens durch das Aufkommen einer neuen gesellschaftlichen Oberschicht, die sich als Träger allgemeiner Bildung und industriewirtschaftlich genutzten Besitzes auszeichnete, wobei sich zugleich die Einebnung und Anpassung der alten privilegierten Stände, insbesondere des Grundadels, vollzog;

viertens durch die Herrschaft der öffentlichen Meinung, das heißt der in freier Information und öffentlicher Diskussion spontan gebildeten, der ständigen Kritik ausgesetzten und daher in ständiger Fluktuation befindlichen Überzeugung der gesellschaftlichen Schichten, vor allem ihrer Führungsschichten, von dem, was als wahr, als gerecht und als schön zu gelten habe."

Wenn sich diese bürgerliche Gesellschaftsordnung in den ersten Jahrzehnten des Jahrhunderts in Wirtschaft und Kultur auch weitgehend durchgesetzt hatte, so vollzog sich doch das Vordringen liberalen Gedankengutes in den Staat, besonders in Preußen und Österreich, nur sehr langsam (1).

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 311

So entstand in Deutschland zwischen sozialer und staatlicher Ordnung ein Widerspruch. Die bürgerliche Gesellschaft, und mit ihr der Liberalismus als Vorkämpfer dieser Gesellschaftsform, strebte von der sozialen zur politisch-staatlichen Macht. Der Liberalismus befand sich dabei in einer zwiespältigen Lage; denn er erstrebte einerseits die Trennung vom Staat in der Form des "Freiseins von staatlicher Bevormundung", andererseits wollte er die Trennung von Staat und Gesellschaft durch - zugespitzt gesagt - "Vergesellschaftung", das heißt, Verbürgerlichung des Staates, überwinden (1).

Das z w e i t e Ziel, die Schaffung eines deutschen Nationalstaates, ergab sich für liberal denkende Bürger deutscher Staaten aus der Überlegung, daß mit der Schaffung eines deutschen Nationalstaates die staatsbürgerliche Freiheit schneller geschaffen und gesichert werden könnte (2.) Diesen Ziel stand die deutsche

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 322

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 316

Kleinstaaterei entgegen. "Einheit und Freiheit" wurde deshalb für die Liberalen ein Schlagwort, das ihre Ziele nicht nur begrifflich, sondern auch in ihrer Abhängigkeit voneinander prägnant wiedergab: Einheit ohne Freiheit war keine rechte Einheit und, was für den liberalen Staatsbegriff weiter deutscher Kreise von Bedeutung geworden ist, Freiheit ohne Einheit, das war keine wahre Freiheit (1).

Bei dem Versuch, diese Ziele zu verwirklichen, stieß der Liberalismus immer wieder auf die etablierte Macht. Im Verlauf der Auseinandersetzungen mit ihr mußte er erkennen, daß Macht nichts schlechthin Verwerfliches, sondern ihr Innehaben die Voraussetzung für die Verwirklichung liberaler Ideen war (2): "Die Bahn der Macht ist die einzige, die den gärenden Freiheitstrieb befriedigen kann ..." (3).

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II. S. 381
a. A. v. Rotteck, zit. bei Treitschke,
Bd. 4, S. 260

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 384

(3) Meinecke, S. 493

Die Konfrontation mit der politischen Wirklichkeit, insbesondere das Scheitern der Revolution von 1848 und die Beschäftigung mit den Gründen dafür, führte die Liberalen fort von den vernunftrechtlichen Idealen hin auf die Suche nach Wegen zu ihrer praktischen Verwirklichung. Das führte mitunter so weit, daß die frühliberale Staatslehre nun abschätzig als "politisches Unding" bewertet wurde (1). Man war jetzt stolz darauf, praktisch, real- und machtpolitisch zu denken: "Die praktische Politik hat es zunächst nur mit der einfachen Tatsache zu tun, daß die Macht allein es ist, welche herrschen kann. Herrschen heißt Macht üben und Macht üben kann nur der, welcher Macht besitzt. Dieser unmittelbare Zusammenhang von Macht und Herrschaft bildet die Grundwahrheit aller Politik und den Schlüssel der ganzen Geschichte." (2)

Als an die Liberalen dann bei der Lösung der deutschen Frage das Problem großdeutsch oder kleindeutsch herantrat, zeigten sich die Fol-

(1) v. Rochau, S. 128

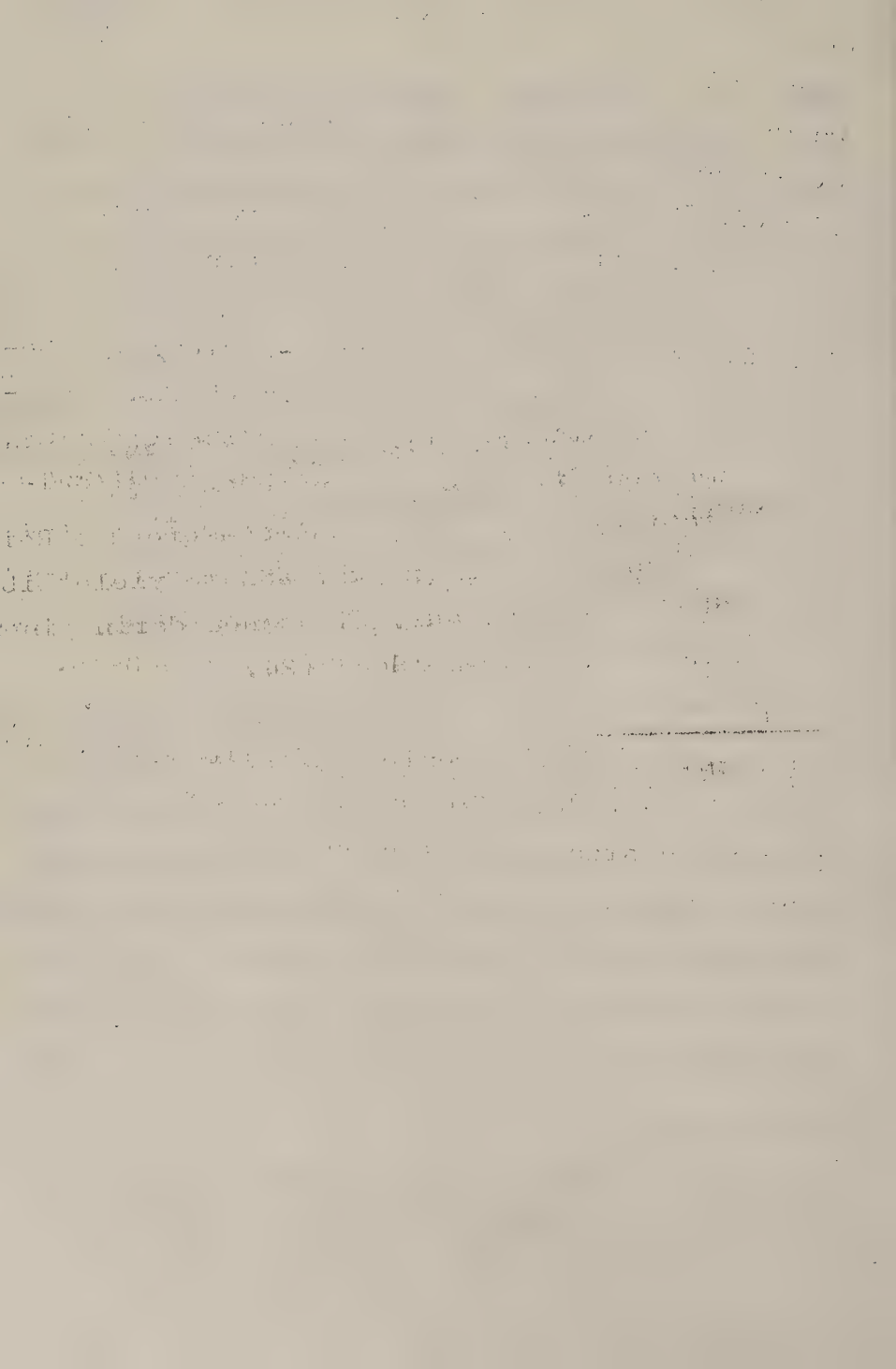
(2) v. Rochau, zit. bei Huber, Verfassungsgeschichte II. S. 387

gen dieser Haltung. Obwohl ursprünglich alle Liberalen einen deutschen Nationalstaat unter Einschluß Österreichs für selbstverständlich hielten, verfielen sie nun in realpolitische Erwägungen. Diese ergaben, daß ein Deutschland, das mit dem Dualismus Preußen - Österreich belastet war, innerlich und äußerlich funktionsuntüchtig sein müßte (1). Nach der Vorstellung der Liberalen war für den deutschen Nationalstaat eine starke Zentralgewalt erforderlich. Da Österreich als Vielvölkerstaat starke außerdeutsche Interessen hatte, entschied man sich für ein Deutschland unter Führung Preußens.

Nicht zuletzt diese realpolitischen Erwägungen führten den Liberalismus weg von seiner ursprünglich staatsfeindlichen Haltung zu einem zunehmenden Arrangement mit der Staatsgewalt. Die Staatswirklichkeit, insbesondere die Reichsgründungspolitik Bismarcks, söhnte viele Liberale mit dem Staat aus. Sie sahen darin einen posthumen Sieg ihrer Ideen (2).

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 382

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 314



Das Vordringen des Liberalismus löste fast gleichzeitig als Reaktion den K o n s e r - v a t i v i s m u s aus. Dieser war keineswegs eine bloß "reaktionäre" Bewegung, mit dem Ziel, alte Zustände zu verfestigen oder sie dort, wo sie bereits überwunden waren, wiederherzustellen. Der Konservatismus sah sich als evolutionäre Bewegung: nicht Umkehrung der Revolution war sein Ziel, sondern das Gegenteil von Revolution (1).

Unter "Restauration" verstand er die Herstellung einer Ordnung von innen her (2). Ordnung war nichts Relatives, sondern ein in zeitlosen Gesetzen gegründetes, dem Wechsel der äußeren Umstände enthobenes, durch göttliche Stiftung geheiligtes Gefüge des staatlich-gesellschaftlichen Daseins (3). Das innere Prinzip dieser Ordnung sollte ergründet und dann gefestigt und verteidigt werden.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 326
Fußnote 1; de Maistre S. 186

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 326

(3) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 326

Gemeinsam mit dem Liberalismus bekämpfte der Konservativismus das autokratisch-absolutistische System. Im Unterschied zum Liberalismus sah er gerade dieses System für ein typisches Produkt der rationalistischen Aufklärung an (1). Den Rationalismus bekämpfte er als zersetzende Analyse, mechanisch, konstruiert und blutleer, der in seinem Versuch, alles mit der kalten Vernunft zu zergliedern und zu erfassen, über den Teilen das organische Ganze vergessen habe (2). Vornehmlich daraus resultierte der Gegensatz des Konservativismus zum Liberalismus. Eine konservative Ordnung sollte im Gegensatz zu den liberalen Vorstellungen auf drei Prinzipien beruhen (3):

1. dem Universalismus, der Vorstellung, daß das Ganze im Ursprung und im Wert den Vorrang vor den Teilen besitzt. Dieses Prinzip beeinflusste die Einstellung des Konservativismus zur nationalen Einheit Deutsch-

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 331

(2) Müller, Vorrede, S. 1

(3) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 332

lands. Vorbild eines universalistischen Staates war das mittelalterliche Heilige Römische Reich; in ihm sah er die ihrer Zeit wesensgerechte politische Ordnung, deren Geltungsbereich Völker und Staaten überspannte. Die nationale deutsche Einigung erschien ihm gegenüber einer solchen ganzheitlich-europäischen Ordnung als zweitrangig. Für den Fall, daß die nationale Einigung durch Revolution und Zerschlagung der historisch gewachsenen deutschen Staaten erreicht werden sollte, lehnte der Konservativismus sie sogar ab (1).

2. dem T r a d i t i o n a l i s m u s ,
einer Einstellung, die davon ausgeht, daß alle Formen, Einrichtungen und Rechte, die sich in langer Entwicklung gebildet und behauptet haben, schon dadurch unverbrüchlichen Daseins- und Geltungswert besitzen. Zu diesen überlieferten Einrichtungen gehört das persönliche Eigentum. Allerdings sah der Konservativismus in ihm nicht das Recht zu schrankenloser, willkürlicher Sachherrschaft, sondern eine sozialgebundene Sach-

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 332

zuständigkeit. Es war ein Amt, das seine Inhaber zu einer patriarchalischen Verantwortlichkeit verpflichtete (1). Aus dieser Einstellung ergab sich die Aufgeschlossenheit des Konservatismus sozialen Fragen gegenüber, seine Forderungen nach einem "sozialen Königtum" (2). Mit dieser Forderung ging es dem Konservatismus um die Erhaltung der Staatlichkeit, der monarchischen Herrschaft und gebundenen Ordnung.

3. dem R o y a l i s m u s , der Anerkennung der Königsherrschaft, deren Rechtsgrundlage das Gottesgnadentum ist, das heißt: Das Amt des Monarchen wird durch einen Akt göttlicher Gnade verliehen. Deshalb entzieht es sich jeder rationalistischen Überprüfung oder Rechtfertigung. Das Gottesgnadentum führt konsequent zur Unantastbarkeit und Unveräußerlichkeit der monarchischen Gewalt (3).

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 340

(2) Huber, "Lorenz v. Stein", Aspekte sozialer Wirklichkeit 1958, 55 ff

(3) Stahl, Das monarchische Prinzip, S. 25

So scharf sich Konservativismus und Liberalismus in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts gegenüberstanden, die politische Wirklichkeit in Deutschland führte beide Bewegungen doch zu praktischen politischen Kompromissen (1). Die erhitzte und kämpferische Spannung nahm allmählich ab. Beide Bewegungen fanden sich in dem Ziel, Verfassungskämpfe und Krisen zu überwinden, um Chaos und Anarchie in Deutschland zu verhindern. Beispiel und Ausdruck dieser Zusammenarbeit waren unter anderem die Verfassung in Preußen von 1850, Bismarcks Indemnitätspolitik 1866 und seine Reichsgründungspolitik von 1870/71 (2).

Während sich die Liberalen von dieser Zusammenarbeit versprochen, liberale Ziele damit doch noch durchzusetzen, sahen die Konservativen darin die Möglichkeit, die Dynamik des Liberalismus zu bremsen.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 389

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 389

Auch die Professoren standen nicht mehr, wie noch 1848, mitten in der politischen Auseinandersetzung, sondern konzentrierten sich auf die wissenschaftliche Arbeit in ihren Disziplinen.

In der Staatsrechtslehre setzte sich eine neue Schule unter der Führung Gerbers und Labands durch (1). Sie folgte dem allgemeinen geistigen Wandel der Zeit, der sich zunehmend den Erfahrungswissenschaften und der Technik zuwandte. Die Methoden der Naturwissenschaft wurden zum Vorbild für die Geisteswissenschaft. Metaphysische und ontologische Erwägungen wurden abgelöst von der Beschäftigung mit den "positiv existierenden" Gegenständen und Erscheinungen. Sie waren exakt festzustellen und empirisch nachzuprüfen.

Die neue Staatsrechtslehre setzte sich zur Aufgabe, das Staatsrecht von allen politisch-ideologischen Einflüssen zu befreien. Die spe-

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 210

zifisch-juristische Erörterung stand im Vordergrund, die philosophische, soziologische und politische trat zurück (1). "An die Stelle des politischen und staatsphilosophischen Raisonnements hat die juristische Konstruktion zu treten (2), da das Recht nur aus dem Rechtlichen selbst zu begreifen sei. Das neue Staatsrecht wird von juristischen Begriffen beherrscht. Bei der Analyse der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse wird stets deren "juristische Natur" herausgearbeitet. Jede teleologische Betrachtungsweise wird scharf abgelehnt (3). Daraus ergab sich zwangsläufig, daß im Staatsrecht politische Erwägungen keinen Platz mehr hatten. Den Ehrentitel "streng juristisch" legt die Schule nur solchen staats- und verwaltungsrechtlichen Schriften bei, die eine Berührung mit dem Politischen meiden, wie den Verkehr mit dem "Gottseibeiuns" (4). Die bisherigen liberalen und

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 211

(2) Triepel, S. 8

(3) Triepel, S. 10

(4) Triepel, S. 10

konservativen Auffassungen werden gleichermaßen als zu politisch verworfen.

In diesen Rahmen ordnet sich die Staatsrechtslehre Otto von Sarweys ein, wenn er an die Rechtswissenschaft die Forderung stellt:

"Sie hat sich fortan mit der Verwirklichung des Rechts im Staate ... nicht nur vom Standpunkt der Theorie, ... nicht nur unter dem Gesichtspunkt der politischen Wünsche, Begehren und Hoffnungen zu beschäftigen, woran es seit langer Zeit nicht gefehlt hat; vielmehr gewinnt ihre Aufgabe nunmehr eine unmittelbar praktische Bedeutung (1) ... unter dem vorherrschenden Gesichtspunkt der folgerichtigen Begriffsentwicklung mit Beziehung auf die bestehende Rechtsordnung (2)."

Sarwey lehnt also die von ihm bezeichneten Gesichtspunkte keineswegs völlig ab, sondern ersetzt im Sinne seiner logisch-formalen Methode nur andere Akzente.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S.2

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S.7

B. Vom frühliberalen zum konstitutionellen
Staatsbegriff

I. Der juristisch - formale, konstitutionelle
Staatsbegriff Sarweys

1. Die Grundbegriffe

Im Mittelpunkt der Staatsrechtslehre Otto von Sarweys steht der Begriff des "Verfassungsstaates". Ihm sind die Grundbegriffe Sarweys vom Staat im allgemeinen, Erörterungen über die Funktionen des Rechts und die Wechselbeziehungen von Staat, Volk und Gesellschaft vorgeordnet. Das ist zwar keineswegs nur juristisch - formal gesehen, aber entsprechend der logisch-formalen Behandlung des Staatsrechts, durch die sich die neue Schule der Staatsrechtslehre auszeichnet, steht die folgerichtige Begriffentwicklung im Vordergrund. Diese betrachtet Sarwey als "Revision der überkommenen Anschauungen" (1).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 6

1. The first part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \frac{1}{2} \left(f\left(\frac{x}{2}\right) + f\left(\frac{x+1}{2}\right) \right)$$

where $f(x)$ is a function defined on the interval $[0, 1]$ and satisfying the conditions

$$f(0) = 0, \quad f(1) = 1, \quad f\left(\frac{1}{2}\right) = \frac{1}{2}$$

and the function $f(x)$ is continuous on the interval $[0, 1]$.

It is easy to see that the function $f(x)$ is uniquely determined by these conditions. In fact, let $f_1(x)$ and $f_2(x)$ be two functions satisfying the conditions. Then the function $g(x) = f_1(x) - f_2(x)$ satisfies the equation

$$g(x) = \frac{1}{2} \left(g\left(\frac{x}{2}\right) + g\left(\frac{x+1}{2}\right) \right)$$
and the conditions $g(0) = 0$, $g(1) = 0$, $g\left(\frac{1}{2}\right) = 0$. It is easy to see that $g(x) \equiv 0$ on the interval $[0, 1]$. Therefore, $f_1(x) = f_2(x)$ on the interval $[0, 1]$.

Now we shall study the properties of the function $f(x)$. It is easy to see that $f(x)$ is a continuous function on the interval $[0, 1]$. In fact, let x_n be a sequence of points in the interval $[0, 1]$ converging to x . Then

$$f(x_n) = \frac{1}{2} \left(f\left(\frac{x_n}{2}\right) + f\left(\frac{x_n+1}{2}\right) \right)$$
and $f(x) = \frac{1}{2} \left(f\left(\frac{x}{2}\right) + f\left(\frac{x+1}{2}\right) \right)$. It is easy to see that $f(x_n) \rightarrow f(x)$ as $n \rightarrow \infty$. Therefore, $f(x)$ is a continuous function on the interval $[0, 1]$.

It is also easy to see that $f(x)$ is a monotonic function on the interval $[0, 1]$. In fact, let $x < y$ be two points in the interval $[0, 1]$. Then

$$f(x) = \frac{1}{2} \left(f\left(\frac{x}{2}\right) + f\left(\frac{x+1}{2}\right) \right)$$
and $f(y) = \frac{1}{2} \left(f\left(\frac{y}{2}\right) + f\left(\frac{y+1}{2}\right) \right)$. It is easy to see that $f(x) < f(y)$. Therefore, $f(x)$ is a monotonic function on the interval $[0, 1]$.

Finally, we shall study the properties of the function $f(x)$ on the interval $[0, 1]$. It is easy to see that $f(x)$ is a continuous function on the interval $[0, 1]$. In fact, let x_n be a sequence of points in the interval $[0, 1]$ converging to x . Then

$$f(x_n) = \frac{1}{2} \left(f\left(\frac{x_n}{2}\right) + f\left(\frac{x_n+1}{2}\right) \right)$$
and $f(x) = \frac{1}{2} \left(f\left(\frac{x}{2}\right) + f\left(\frac{x+1}{2}\right) \right)$. It is easy to see that $f(x_n) \rightarrow f(x)$ as $n \rightarrow \infty$. Therefore, $f(x)$ is a continuous function on the interval $[0, 1]$.

a) Verständnis von Staat und Recht

Bei der Bestimmung des allgemeinen Staatsbegriffs geht Sarwey von einer Staatsdefinition Savignys aus: Staat ist "die organische Erscheinung der natürlichen Einheit des Volkes; in der dieses als "ein Naturganzes wahre Persönlichkeit, also die Fähigkeit zu handeln," erhält (1).

Mit dieser Definition zeigen sich zwei antithetische Elemente des Staatsbegriffs:

1. das personale Element, das sich aus der Kennzeichnung als "wahre Persönlichkeit" ergibt. Sarwey begreift die Personifizierung des Volkes als Willensmoment (2) des Staates. Dabei wird berücksichtigt, daß das Volk als "Persönlichkeit mit der Fähigkeit zu handeln", diese Fähigkeit nur durch das einzelne Individuum erhält. Der einzelne bleibt aber

(1) Savigny, Öffentliches Recht, S. 8

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 8

ein egoistisches Wesen mit seinen berechtigten eigenen Interessen und natürlichen Wünschen (1). Sein Streben nach individuellem Wohl, der Befriedigung persönlicher Bedürfnisse, ist seiner Natur nach maßlos (2). Es zeigt in seiner Tendenz eine zerstörerische und negative Qualität und muß begrenzt werden.

2. das o r g a n i s c h e Element, dem die Aufgabe zufällt, das personale Element einzuschränken. Es beruht auf überindividuellen natürlich-gewachsenen Einheiten wie Familie, Stamm und Volk (3). Es entzieht sich einer exakten Definition, weil diese natürlichen Einheiten zwar als vorhanden erkannt werden, aber in ihrer "Totalität" (4) nicht voll erfaßbar sind. Der einzelne ist nur "Accidenz" dieser größeren Einheiten. Dieses Element verkörpert nicht das Interesse des Einzelnen, sondern das allgemeine Wohl, das sich dem individuellen

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9/9

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 10

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 10

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 14

Egoismus "in einer Art Naturprozeß" (1) entgegenstellt und so ein Gegengewicht zum personalen Element bildet.

Wenn diese beiden konträren Elemente des Staates auch in keine völlige Harmonie gebracht werden können, so müssen sie doch ausgeglichen werden. Denn weil sie sich unaufhörlich bekämpfen, besteht die Gefahr der Anarchie. Dieser Erkenntnis entspringt das Bedürfnis nach einem System, das den erstrebten Ausgleich der Elemente im Staat herbeiführt: die Notwendigkeit, eine Ordnung zu schaffen (2). Sie hat die Aufgabe, der schrankenlosen Betätigung des Einzelwillens Einhalt zu gebieten, damit eine Vielheit von einzelnen nebeneinander existieren kann (3). Mit dieser Erkenntnis erschließt sich der Begriff des Rechts. Jede Ordnung, die den einzelnen im Interesse einer Vielzahl von einzelnen in der Betätigung seiner Willensfreiheit beschränkt, hat ein

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 13

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 10

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 10

Moment des Rechts in sich (1). Die Regelung menschlicher Beziehungen ist aber noch kein Recht. Kriterium dafür, ob Normen Recht sind, ist ihre Beziehung zum Staat: "Zum Rechtsbegriff gelangt man nur durch den Staatsbegriff (2) ... Es gibt kein Recht außer im Staat" (3). Von daher kommt Sarwey zu folgender Definition des Rechts: "Recht ist die in einem Staate geltende äußere Ordnung des Verhältnisses der Menschen zueinander, welche von dem Staat aufrecht erhalten und geschützt wird". Nur die staatlich garantierte Ordnung hat Rechtscharakter. Einen ethischen Inhalt hat der Rechtsbegriff nicht (4). "Das Recht im objektiven Sinne" zeichnet sich durch folgende fünf Merkmale aus (5):

-
- (1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11
 - (2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11
 - (3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11
 - (4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11
 - (5) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11/12

1. Es ist ein I n b e g r i f f v o n R e g e l n , die das Verhalten von Menschen zueinander bestimmen. Sein Objekt ist der freie Wille des einzelnen, den er beschränkt. Entstehung und Anwendung des Rechts sind ein logischer Prozeß.

2. Es ist im Gegensatz zu einem Naturgesetz v e r l e t z b a r u n d ä n d e r b a r . Die Freiheit des Menschen ist gegen ein unumstößliches Naturgesetz machtlos. Das Recht hingegen ist der Willkür des einzelnen preisgegeben.

3. Es ist sowohl in der Normgebung wie in deren Durchsetzbarkeit a b h ä n g i g v o n einem Willen, d e r d i e M a c h t hat, das was er gesetzt hat, auszuführen. Diese Macht besitzt nur das Volk als Persönlichkeit, als Staat.

4. Sein G e g e n s t a n d , so unumschränkt wie der Kreis der menschlichen Beziehungen selbst, seine Grenze liegt nur da, wo das menschliche Leben als rein innerliches unan-

greifbar ist. Jede Äußerung des menschlichen Willens kann jedoch zum Gegenstand der äußeren Rechtsordnung gemacht werden.

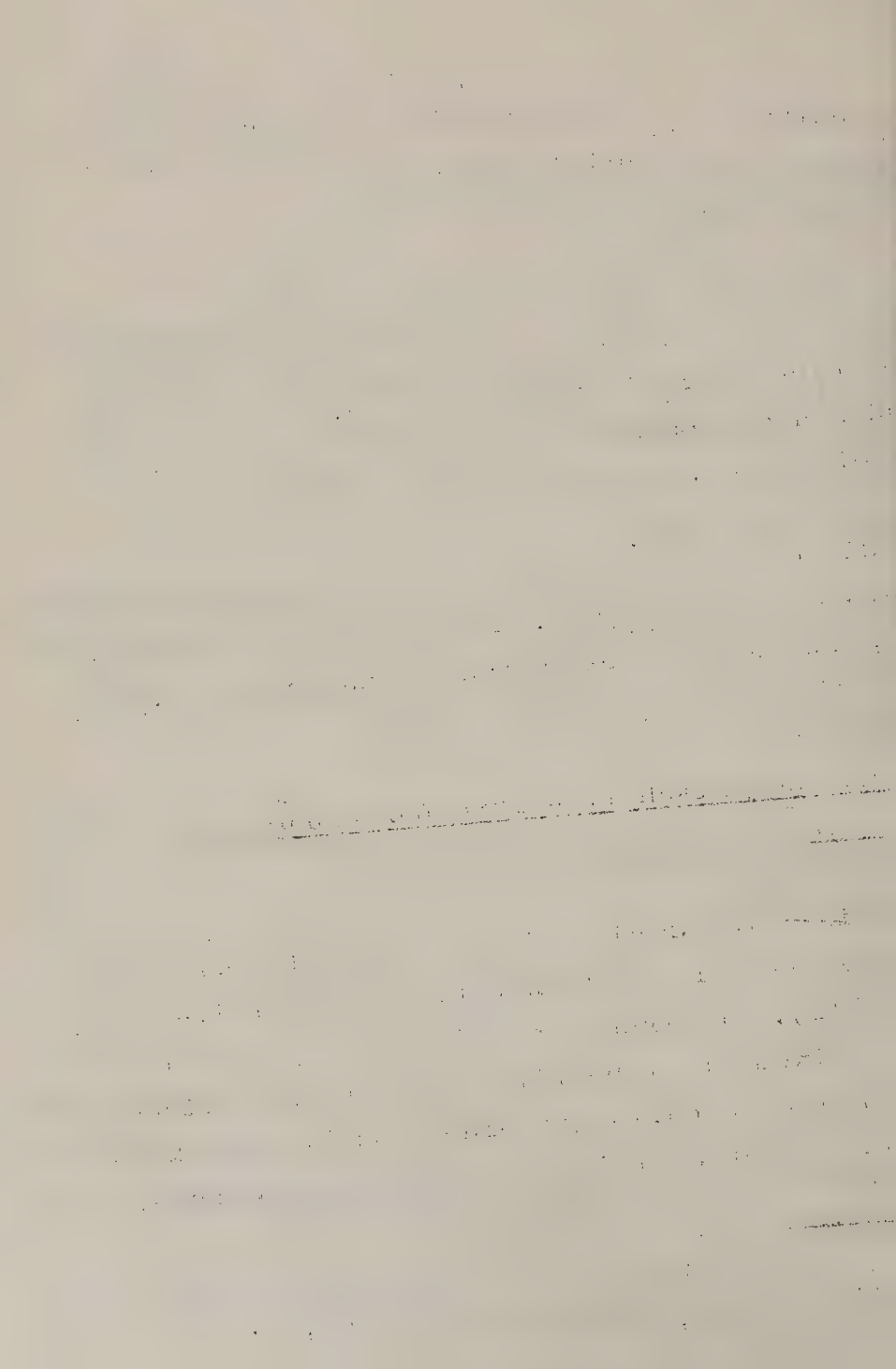
5. Es setzt die O r g a n i s a t i o n
d e s V o l k e s zu einem handlungsfähigen
Subjekt voraus. Dessen Organe, ein einzelner
oder eine Mehrheit von einzelnen, setzen und
schützen das Recht. Es ist Produkt des Willens
der einzelnen.

Mit diesen Kriterien wird ein logisch-formaler
Rechtsbegriff gewonnen, der frei von jeder Wer-
tung, nur nach seinen Voraussetzungen sucht.

) Volk und Gesellschaft - ihre Beziehung zum Staat

Sarwey ist sich darüber im klaren, daß sein
Staatsbegriff als abstrakte Fiktion angreif-
bar ist (1). Er erkennt den Einwänden, soweit
sie in seinem Staatsbegriff eine nur künstliche
Konstruktion sehen, sogar eine gewisse Berechti-
gung zu. Er versucht ihnen dadurch zu begegnen,

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 15



daß er in die Erörterung des Staatsbegriffs die Begriffe "Volk" und "Gesellschaft" einbezieht.

Bei der Begriffsbestimmung des Volkes stellt Sarwey fest, daß das Volk als natürliche Einheit zwar vorhanden ist (1), aber abstrakt schwierig zu definieren ist. Er kommt zu folgender Definition (2): "V o l k ist nicht eine beliebige Vielheit Einzelner, vielmehr eine E i n h e i t , deren Naturbestimmtheit jedem Einzelnen bald mehr, bald weniger ausgeprägt und angeboren ist." Die Einheit sieht Sarwey in folgenden Merkmalen: den gemeinsamen physischen Eigenschaften, den geographischen Verhältnissen, der gemeinsamen Kultur und der gemeinsamen Geschichte. Aus dieser "Schicksalsgemeinschaft" (3) entwickelt sich infolge ihres Zusammengehörigkeitsgefühls das Volk als natürliche Einheit. Der großen Einheit sind kleinere Einheiten vorgeordnet, von denen die kleinste die Familie ist. Die Erweiterung von

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 15

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 15

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 16

der Einheit der Familie über die des Stammes zum Volk nennt Sarwey einen " N a t u r - p r o z e ß " (1). Von ihm wird der Einzelne erfaßt, ohne daß es auf seine Willensentscheidung ankäme. Infolgedessen empfindet er seine Nationalität nicht als Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit (2). Die Hinnahme der Volkseinheit durch den Einzelnen als natürlich weist sie nicht nur als Realität aus, sondern als Kraft. Sie bildet das Gegengewicht zum Egoismus der Einzelnen, weil sei ihn mit der Unabänderlichkeit eines Naturgesetzes überwindet (3).

Die Beziehung von Volk und Staat drückt sich in der Definition Savignys aus: Staat ist die "Organisation des Volkes" (4). Auf diese Weise entkräftet sich der Vorwurf der Fiktion, denn mit dem Volksbegriff wird der Staatsbegriff real und lebendig.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 16

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 16

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 16

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 17

103

104

105

106

107

108

109

110

111

112

113

114

115

116

117

118

119

120

121

122

123

124

125

126

127

128

129

130

131

132

133

134

135

136

137

138

139

140

141

142

143

144

145

146

147

148

149

150

151

152

153

154

155

156

157

158

159

160

161

162

163

164

165

166

167

168

169

170

171

172

173

174

175

176

177

178

179

180

181

182

183

184

185

186

187

188

189

190

191

192

193

194

195

196

197

198

199

200

201

202

203

204

205

206

207

208

209

210

211

212

213

214

215

216

217

218

219

220

221

222

223

224

225

226

227

228

229

230

231

232

233

234

235

236

237

238

239

240

241

242

243

244

245

246

247

248

249

250

251

252

253

254

255

256

257

258

259

260

261

262

263

264

265

266

267

268

269

270

271

272

273

274

275

276

277

278

279

280

281

282

283

284

285

286

287

288

289

290

291

292

293

294

295

296

297

298

299

300

301

302

303

304

305

306

307

308

309

310

311

312

313

314

315

316

317

318

319

320

321

322

323

324

325

326

327

328

329

330

331

332

333

334

335

336

337

338

339

340

341

342

343

344

345

346

347

348

349

350

351

352

353

354

355

356

357

358

359

360

361

362

363

364

365

366

367

368

369

370

371

372

373

374

375

376

377

378

379

380

381

382

383

384

385

386

387

388

389

390

391

392

393

394

395

396

397

398

399

400

401

402

403

404

405

406

407

408

409

410

411

412

413

414

415

416

417

418

419

420

421

422

423

424

425

426

427

428

429

430

431

432

433

434

435

436

437

438

439

440

441

442

443

444

445

446

447

448

449

450

451

452

453

454

455

456

457

458

459

460

461

462

463

464

465

466

467

468

469

470

471

472

473

474

475

476

477

478

479

480

481

482

483

484

485

486

487

488

489

490

491

492

493

494

495

496

497

498

499

500

Wenn Sarwey von der organisierten Volkseinheit spricht, so bejaht er damit die organisatorische Gliederung des Staates. Diese Gliederung erfaßt zwei Gebiete, je nachdem, ob sie mehr das natürliche oder das persönliche Moment berücksichtigt (1).

Stellt sie mehr auf das natürliche Moment ab (2), so führt die Organisation über die erweiterte Familie zur Gemeinde, zum Kreis, zur Provinz, und von dort zum Staat (3). Dieser Staat ist von der Tendenz der Volkseinheit, sich zu organisieren, so stark durchdrungen, daß er stets zu einer äußeren Darlegung seiner Einheit strebt (4).

Berücksichtigt sie mehr das persönliche Moment, so zeigt sich die Gliederung des Volkes in eine Vielzahl von einzelnen (5). Die Einzelinteressen treten in den Vordergrund, die auf Besitz und Erwerb geistiger und materieller Güter gerichtet sind (6).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 17

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 17

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 17

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 18

(5) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 18

(6) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 18

Der Einzelne erkennt bald, daß er trotz der schrankenlosen Tendenz seines Strebens als einzelner langsamer zum Ziele kommt, als wenn er sich mit Gleichgesinnten zur Verfolgung seiner Interessen zusammenschließt. Der Einzel-egoismus wird zum Klassenegoismus.

Diese Gliederung, die sich auf das individuelle Moment stützt, ist die **G e s e l l s c h a f t** (1). Sarwey definiert die Gesellschaft als "die nur durch Interessen verbundene Vielheit der einzelnen, deren jeder seinen unbeschränkten Egoismus hat" (2). Weil die Gesellschaft ihrem Begriff nach die natürlichen Einheiten wie Volk und Familie unberücksichtigt läßt, ist sie **k o s m o p o l i t i s c h**. Sie strebt danach, sich an die Stelle der natürlichen Einheiten zu setzen. Im Gegensatz zu ihnen ist die Gesellschaft nur ein abstrakter Begriff, der in der Realität in einzelne Klassen und Interessengruppen zerfällt (3). Gelänge es der Gesellschaft, die natürliche Einheit des

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 18

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 10

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 18/19

Volkes zu verdrängen, so käme es zu einer Einzelherrschaft, zu einer Unterwerfung der einzelnen unter einzelne.

Ein weiteres Merkmal, durch das sich der Staat von der Gesellschaft unterscheidet, ist sein **T e r r i t o r i u m** als seine "physische" Grundlage. Deshalb wäre es verfehlt, den Staat als bloße Gesellschaftsordnung zu bezeichnen. Die Gesellschaft benötigt weder Territorium noch Volk. Demgegenüber sind Territorium und Volk die Grundlage jeden Staates (1). Daraus folgt, daß der Staat nicht das Werk menschlichen Willens sein kann, sondern einem Naturgesetz unterworfen ist (2).

Die Gesellschaft als Vielheit einzelner in ihren durch ihre Einzelinteressen bedingten Wechselbeziehungen ist noch kein Volk. Im Gegensatz zum **V o l k**, das eine Vielheit einzelner mit gemeinsamer Abstammung und gemeinsamem Zusammenleben auf bestimmtem Territorium darstellt, kann die Gesellschaft ohne dieses Element auskommen.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 19

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 13/14

Die Vielheit von einzelnen ist als Volk zwar eine Einheit, doch fehlt ihr Bewußtsein und Wille, obwohl sie wie der natürliche Mensch Interessen und Bedürfnisse hat (1). Zum Denken und Handeln fehlen ihr die Organe. Diese findet das Volk im Individuum. Der Einzelne besitzt Selbstbewußtsein und Willenskraft. Dadurch, daß er diese Fähigkeiten in den Dienst des Volkes stellt, wird das Volk zum Staat. So betrachtet, ist der Staat eine **G e n o s s e n s c h a f t**, "der zur Einheit nach bestimmten Normen unter sich verbundenen Gesellschaft eines bestimmten Teils der Vielen" (2). Hier greift Sarwey auf den von Gierke in seiner Genossenschaftslehre geprägten Begriff zurück, ohne sich jedoch mit ihm kritisch auseinanderzusetzen oder ihn weiterzuentwickeln.

Mit der Verstaatlichung des Volkes ist die Verstaatlichung seiner Tätigkeiten verbunden:

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 20

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 20

Die Volkssitte wird zum Gesetz, die Volkszugehörigkeit zum Staatsbürgerrecht, die Vertretung der Interessen zum Amt (1). Die natürliche Volkseinheit tritt aus dem Kreis des Unbewußten in das Selbstbewußtsein der einzelnen.

Im Staat sind alle Elemente des Volkslebens unter den Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit und Vernünftigkeit organisiert. Die Organisation der Tätigkeiten des Staates zeigt, daß Staat und Volk in der wirklichen Erscheinung untrennbar miteinander verbunden sind. Durch die Verstaatlichung des Volkes wird seine natürliche Einheit nicht aufgehoben. Sie löst sich nicht in die Gesellschaft auf (2). Die Volkseinheit wirkt wie ein Naturgesetz mit unwiderstehlicher Gewalt und überwindet so den Einzelegoismus. Im Staat wird das Volk das mit Selbstbewußtsein in Freiheit handelnde Subjekt, das über dem einzelnen steht (3).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 20

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 21

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 21

Die natürliche Volkseinheit ist im modernen Staat von der Technik bedroht und kann zu einem bloß historischen Begriff werden. Darin liegt die Gefahr der Vergesellschaftung des Staates; der Staat verneint sich selbst (1). Die Vergesellschaftung bedeutet die Unterwerfung unter Einzelinteressen. Die natürliche Einheit des Volkes wirkt demgegenüber als die staaterhaltende positive Kraft. Sie allein kann den Fortbestand des Staates sichern (2).

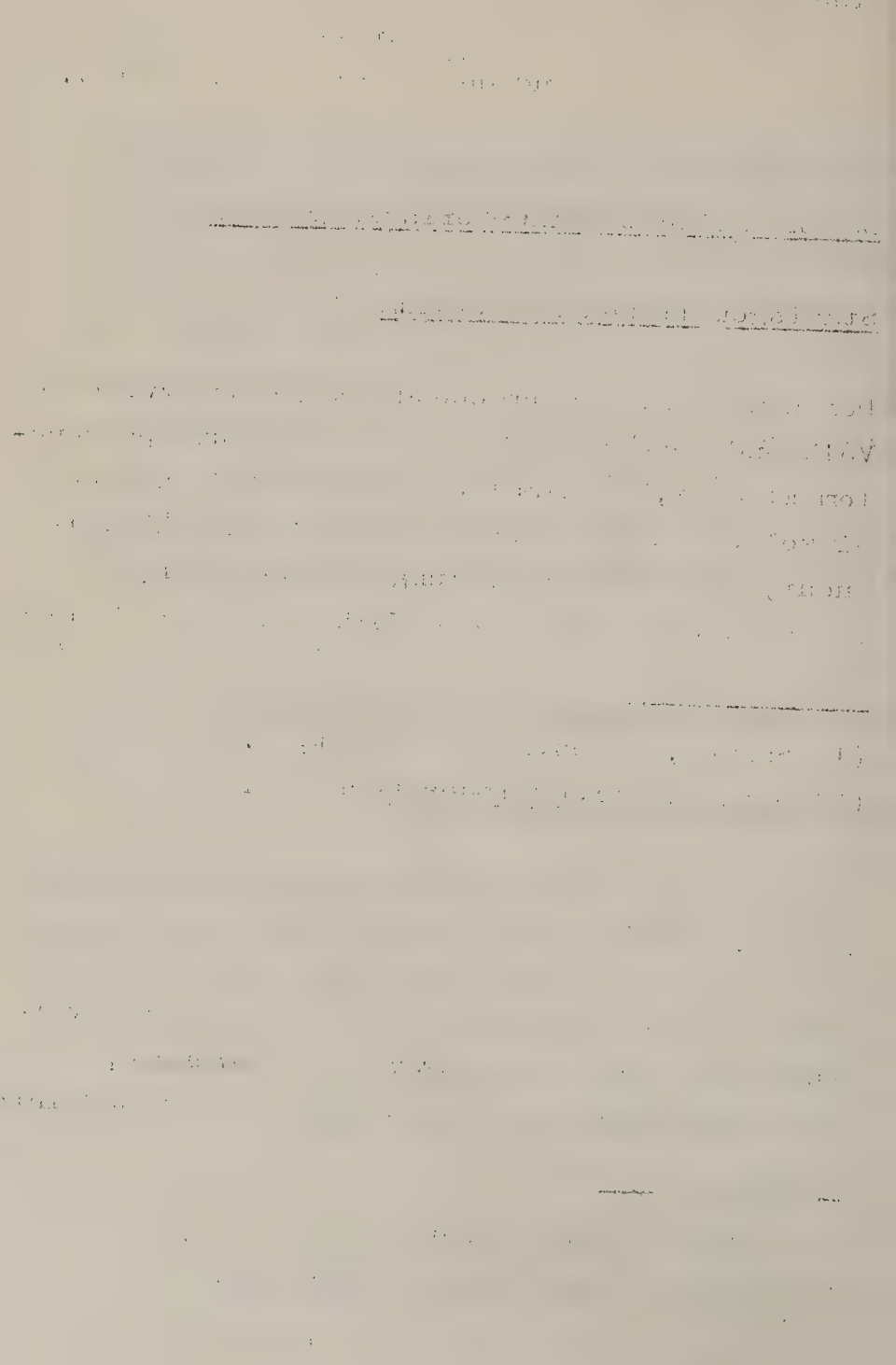
2. Der konstitutionelle Verfassungsstaat

1) Staatsgewalt und Individuum

Der den Staat beherrschende Dualismus zwischen Volk und Gesellschaft, organischem und personalem Element, bestimmt auch das Verhältnis des einzelnen zur Staatsgewalt. Der einzelne versucht, von der Vorstellung durchdrungen, Selbstzweck zu sein, die Volkseinheit und ihre

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 22

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 22



Organisation im Staat seinen Interessen und Zwecken dienstbar zu machen. Tritt ihm der Staat bei der Verfolgung dieser Ziele in den Weg, so sieht er ihn als Feind an und bekämpft ihn (1).

Der Staat dagegen hat die Tendenz, durch die ihm innewohnende Ordnung die Willensfreiheit des einzelnen und ihre Ausübung zu beschränken. Damit ist der Gegensatz zwischen Regierenden und Regierten von selbst gegeben (2): Individuum und Staat treten in Gegensatz zueinander.

Die Hauptaufgabe des Staates, das Regieren, ist ein Recht, dessen Grund die legitimierte Macht "der Volkseinheit und ihre Organisation im Staate" ist (3), zu der der einzelne, soweit sie ihn beschränkt oder hemmt, sich feindlich

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 23

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 23

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 23

verhält. Diese hat ihre Grundlage in der Volkseinheit. Der einzelne mit seinen Interessen muß sich aber dieser Macht beugen: die Unterwerfung unter die Macht wird zur Untertanenpflicht. Die Staatsgewalt ist so "der Wille, welcher keinen Willen neben sich duldet, der sich ihm nicht unterwirft, und welcher eben nur wirklich ist, weil ihm die Kraft des Volksganzen, auf der er ruht, die Macht verleiht" (1).

Staatsgewalt ist Machtausübung, die das menschliche Dasein beherrscht. Ihrem Inhalt nach ist sie unbegrenzbar und undefinierbar. Sie wird nur von den allgemeinen Grundsätzen der Logik und Vernunft beschränkt (2).

Da sich der Staatswille, der die Staatsgewalt leitet, in den einzelnen Amtsinhabern verwirklicht, verkörpern diese die eigentliche Staatsgewalt. Damit entsteht sogleich die Gefahr, daß die Staatsgewalt zur Verwirklichung der schran-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 24

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 24

kenlosen Ansprüche des Egoismus der Herrschenden mißbraucht wird. Dieser Gefahr kann durch die Schaffung des V e r f a s s u n g s - s t a a t e s begegnet werden.

Ausgangspunkt sind die von der geschichtlichen Entwicklung erzwungenen Beschränkungen der absoluten Staatsgewalt, die für Sarwey in dreifacher Hinsicht bestehen (1):

1. in dem R e c h t s s c h u t z d e s e i n z e l n e n zur Gewährleistung seiner persönlichen Freiheit,
 2. in der G l i e d e r u n g d e r S t a a t s g e w a l t nach Funktionen mit gegenseitiger Kontrolle,
 3. in der A b h ä n g i g k e i t von der gesetzgebenden Gewalt, die nur mit Zustimmung einer Volksvertretung ausgeübt werden kann.
- Diese historischen Beschränkungen der Staatsgewalt nimmt Sarwey in seinen "Verfassungs-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 33

staat" auf und interpretiert sie.

) Das Wesen des Verfassungsstaats

Der Verfassungsstaat Sarweys zeichnet sich durch einen Dualismus aus:

1. eine negative Tendenz
(1), nämlich das "Bestreben, die Gefahren der willkürlichen Ausbeutung der Staatsgewalt durch die einzelnen Inhaber derselben zu selbstischen Zwecken durch eine Abgrenzung ihrer Befugnisse zu beseitigen";

2. ein positives Element (2),
das "Zusammenwirken Vieler zur Verwirklichung des Willens der Staatspersönlichkeit, der auf die Verwirklichung des Wohls der Gesamtheit wie des Einzelnen gerichtet ist" (3).

Ausdruck der negativen

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 33

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 36

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 37

1850

T e n d e n z sind die historischen Beschränkungen, denen die Staatsgewalt unterworfen ist. Diese erheben das Mißtrauen zu einem Ordnungsprinzip des Verfassungsstaats (1).

Sarwey interpretiert das wie folgt:

Da der einzelne die öffentliche Gewalt die er ausübt, mißbrauchen kann, ist es notwendig, ihre Zuständigkeiten, die Voraussetzungen ihrer Anwendung und ihre Grenzen zu definieren (2). Diese Definitionen schützen die Rechtssphäre des einzelnen. Seine persönlichen Freiheitsrechte werden proklamiert und der Staatsgewalt als Schranke entgegengestellt (3). Das läßt sich schlagwortartig in der Formel ausdrücken: Ohne Grundrechte kein Verfassungsstaat (4).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 35

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 34

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 34

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 34

Selbstverständlich ist damit eine Verletzung dieser Rechte nicht ausgeschlossen. Der Verfassungsstaat verlangt, daß dann die Verletzung beseitigt wird. Dem dient der Grundsatz von der Teilung der Gewalten (1), dessen Zweck die Beschränkung und Kontrolle eines Organs des Volkswillens durch ein anderes ist. Eine Gewalt soll die andere überwachen. Im monarchisch verfaßten Staat führt das zur Beschränkung des Staatsoberhauptes in seiner gesetzgebenden Funktion durch eine Volksvertretung, in seiner vollziehenden Funktion durch eine Beamten Gewalt (2).

Die Durchführung des Grundsatzes der Gewaltenteilung hat vier Voraussetzungen (3):

1. Zur Verwirklichung des Volkswillens sind besondere O r g a n e zu schaffen, die von einzelnen begleitet werden. Diese sind zu einer genau abgegrenzten Tätigkeit zu berufen. Um zu verhindern, daß sich Nichtberufene in deren Tätigkeitsgebiet einmischen, muß der einzelne

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 34

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 35

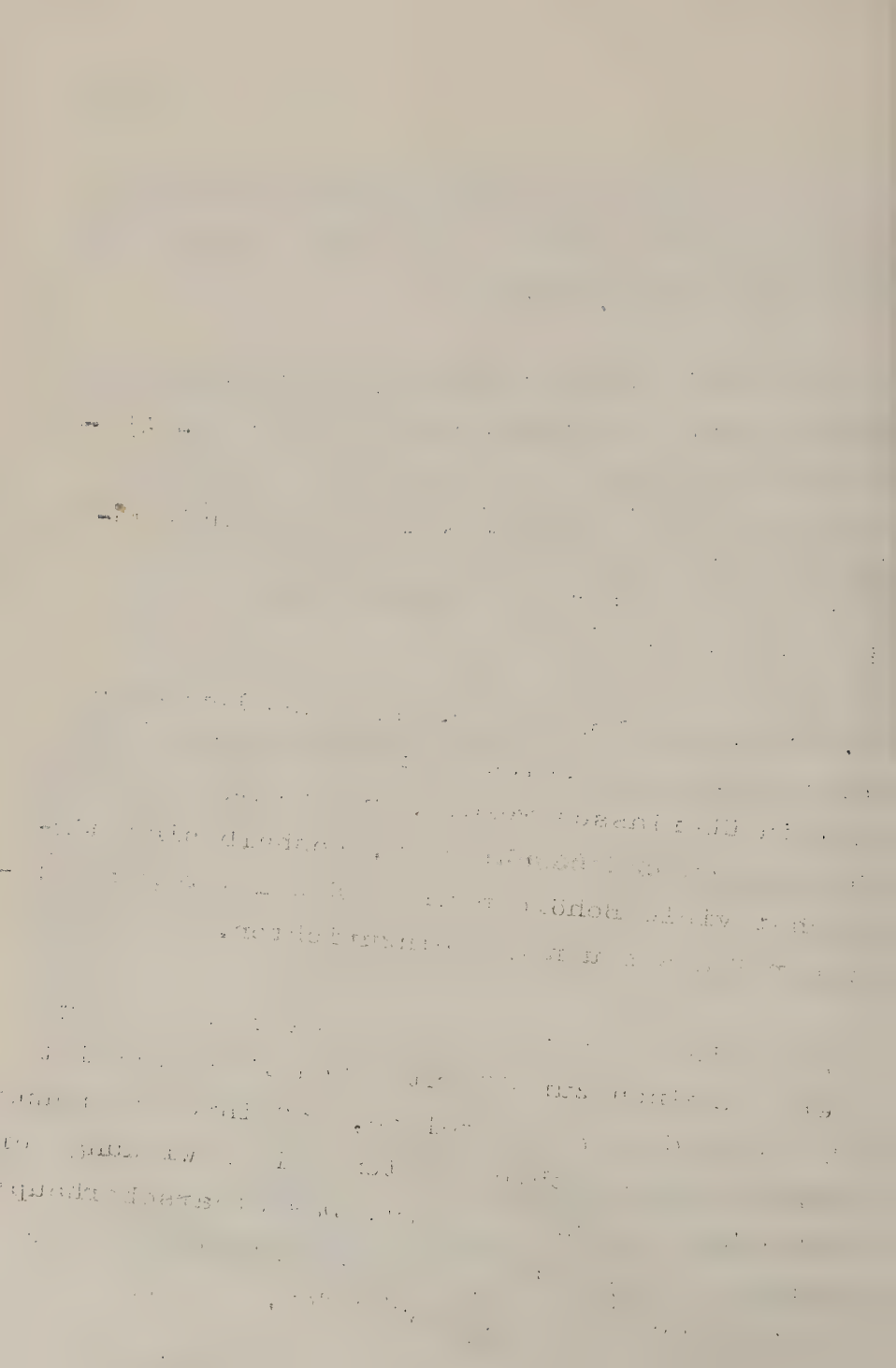
(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 35

bei der Ausübung der Befugnisse dadurch geschützt werden, daß er ein Recht auf das von ihm begleitete Amt hat.

2. Die volle Gewalt innerhalb des Funktionsgebietes eines einzelnen darf nicht einer Person allein überlassen werden. Andere müssen ihn überwachen und beschränken. Deshalb sind möglichst viele Behörden mit **K o l l e g i a l - v e r f a s s u n g** einzurichten.

3. An die **A r t** der **B e r u f u n g** der einzelnen zur öffentlichen Tätigkeit ist die Anforderung zu stellen, daß ihre Ernennung durch ein gemischtes System bei Mitwirkung verschiedener Organe erfolgt. Das Staatsoberhaupt ist bei der Ernennung an die Mitwirkung anderer Organe oder an Wahlen gebunden.

4- Es gilt das **P r i n z i p** der **p e r s ö n l i c h e n V e r a n t w o r t l i c h k e i t** des Beamten; das bedeutet, daß ein Aufsichtsrecht einer Behörde über die andere und eine Instanzenfolge für Beschwerden besteht.



D a s p o s i t i v e E l e m e n t (1)
zeigt sich in der Beteiligung der einzelnen
am Staat als seinen handlungsfähigen Organen.
Sie haben den Staatswillen zu verwirklichen
und machen den Staat zur Staatspersönlichkeit
mit Selbstbewußtsein und eigenem Willen. Die
Mannigfaltigkeit des Volkslebens mit seinen Be-
dürfnissen erfordert das Zusammenwirken vieler
zur Verwirklichung des Staatswillens (2).

D a s p o s i t i v e E l e m e n t
wirkt mit der negativen Tendenz im Verfassungs-
staat zum Wohl der Gesamtheit und des einzelnen
zusammen (3). Die Anerkennung der Rechte des
einzelnen in ihrem Verhältnis zur Staatsgewalt
durch die negative Tendenz verwandelt das posi-
tive Element in eine Pflicht der einzelnen
gegen das Volksganze, die Staatsbürgerpflichten
(4).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 36

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 37

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 37

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 37

Das beginnt auf der Lokalebene in Form der Selbstverwaltung (1). Denn aufgrund dieser Pflichten wird der einzelne zur Besorgung öffentlicher Aufgaben, etwa im Ehrenamt, herangezogen. Die Selbstverwaltung dient der Verwirklichung des Willens der Staatspersönlichkeit zwar nur in einem bestimmten Lebenskreis des Volkes, ist aber nicht weniger vollziehendes Staatsorgang als das Berufsbeamtentum. Beider Lebensprinzip ist die Verwirklichung des Staatswillens.

Die Selbstverwaltung im Verfassungsstaat ist nicht auf die lokale Ebene beschränkt. Sie durchzieht die gesamte Staatsorganisation. So ist die Heranziehung der Volksvertreter zur gesetzgebenden Gewalt eine Art Selbstverwaltung (2). Nur aus dem positiven Zusammenwirken aller in den einzelnen vorhandenen Kräfte des Willens und der Erkenntnis kann der Volkswille verwirklicht werden (3).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 38

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 38

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 39

Der Erfüllung dieser Aufgabe dient die freie Diskussion mit den Voraussetzungen des Vereinsrechts, der freien Presse und der Redefreiheit. Sie bestimmt die öffentliche Meinung, die erkennen läßt, welche aktuellen Bedürfnisse das Volk hat (1).

Die freie Diskussion führt zur Meinungsbildung. Diese äußert sich in Wahlen, die den Entschluß des einzelnen sagen, ohne Ausübung staatlichen Zwanges an der Verwirklichung des Staatswillens mitzuwirken. Das Wahlrecht wird im Verfassungsstaat zur Wehrpflicht (2).

Als Ergebnis der Wahlen sind die gewählten einzelnen ohne Übertragung eines Berufsamtes in die gesetzgebenden Organe berufen. Da die gesetzgebende Gewalt die Rechtsordnung im Staat bestimmt, muß sie im besonderen Maße dafür bürgen, daß sie den Volkswillen richtig erkennt und wiedergibt. Formell wird so durch das Gesetzgebungsorgan der Staatswille gebildet.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 39

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 39

Demgemäß erfordert die gesetzgebende Gewalt (1):

1. w i s s e n s c h a f t l i c h v o r g e -
b i l d e t e Arbeitskräfte, die sich ständig
mit der Rechtsordnung, ihrer logischen Gedanken-
entwicklung und ihrer Formulierung beschäftigen.
Diese Kräfte sind im Berufsbeamtentum zu suchen,
obwohl die Beteiligung von Beamten an der gesetz-
gebenden Gewalt leicht dazu führen kann, daß eine
einseitige, lebensfremde und von Standesdenken
beeinflusste Lebensauffassung die Gesetzgebung
bestimmt. Dennoch ist nach Meinung Sarweys die
Beteiligung Rechtskundiger an der Gesetzgebung
notwendig.

2. e i n z e l n e , welche den sämtlich
beteiligten Interessen, Wünschen und Anschau-
ungen der lokalen und gesellschaftlichen Volks-
schichten persönlich nahestehen und dafür sorgen,
daß die Rechtsordnung die wahrhafte Verwirklichung
des Volkswillens ist.

Im Verfassungsstaat muß die Verwirklichung des
Staatswillens sowohl in Händen von Berufsbe-
amten als auch von Ehrenbeamten liegen (2).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 40

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 42

Sie vollziehen selbständig oder auf Anweisung die ihnen übertragenen Aufgaben, ohne daß das Subjekt dieses Staatswillens unbedingt mit dem des Handelns identisch ist.

Im Verfassungsstaat ist die Allzuständigkeit jeden Staatsorgans beseitigt, weil die Zuständigkeit der Organe genau festgelegt ist (1). Mit dieser freiwilligen Selbstbeschränkung fördert der Verfassungsstaat den in den Gliedern des Volkes lebendigen Organisationstrieb, das sogenannte "freie Spiel der Kräfte". Eingriffe in das Volksleben finden nur zur Wahrung der Rechtsordnung statt. Daraus folgt, daß der Begriff des Rechts den Verfassungsstaat voraussetzt und mit ihm gegeben ist, da im Verfassungsstaat der Wille des einzelnen durch die seinen Willen beschränkende Rechtsordnung dem Gesetz unterworfen wird (2). Derjenige Teil der Rechtsordnung, der die durch die staatliche Volksgewalt erweiterte Willensfreiheit der einzelnen bestimmt und beschränkt, ist das **Ö f f e n t -**

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 43

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 44

l i c h e R e c h t (1). Demgegenüber ist das P r i v a t r e c h t (2) der Teil der Rechtsordnung, der die Willensfreiheit der einzelnen in ihren Einzelinteressen bestimmt und beschränkt, während das S t r a f - r e c h t durch den Inhalt seiner Rechtsnormen mit Androhung eines bestimmten Übels für einzelne Willensäußerungen den Einzelwillen beschränkt.

So ergibt sich die Definition (3):

D e r V e r f a s s u n g s s t a a t i s t
d e r S t a a t , i n w e l c h e m
d a s G e s e t z u n d d a s R e c h t
ü b e r d e r W i l l k ü r d e s e i n -
z e l n e n s t e h t u n d h e r r s c h t
u n d d e r s o e i n R e c h t s -
s t a a t i m w i r k l i c h e n S i n n e
i s t .

Daraus folgt für die Ordnung des Staatswillens:

1. Die g e s e t z g e b e n d e G e w a l t
ist die höchste im Staate (4).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 45

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 45

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 44

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 9, 10, 17

Sie setzt das Zusammenwirken einer Mehrheit von einzelnen und einer Mehrheit von selbständig einander gegenüberstehenden Organen voraus. Aus deren gemeinsamer Beratung geht das Gesetz als deren übereinstimmende Willensäußerung hervor. Durch dieses Zusammenwirken wird die Willkür eines einzelnen verhindert und das wahre Interesse der Gesamtheit berücksichtigt. Garantie dafür ist die Teilnahme der repräsentativen Körperschaften an der Gesetzgebung. In diesen Körperschaften kommen die Einzelinteressen, das heißt das Interesse der Gesellschaft, zur Geltung.

2. Die Gesetzgebung ist im Verfassungsstaat von den übrigen Funktionen der Staatsgewalt g e t r e n n t (1). Die zur Gesetzgebung berufenen Organe können niemals zugleich solche der Verwaltung oder Rechtsprechung sein. Das ergibt sich aus ihrer unterschiedlichen Zweckbestimmung.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 18

3. Die o r g a n i s c h e T r e n n u n g
d e r F u n k t i o n e n der Rechtsprechung
und Verwaltung von denen der Gesetzgebung (1)
bildet die wichtigste Garantie individueller
Freiheit. Sie sichert als Bestandteil der öf-
fentlichen Rechtsordnung im Verfassungsstaat
dem einzelnen den Schutz vor einer willkürlichen
Abänderung oder vor dem Erlaß von Gesetzen zu
seinen Ungunsten, mag sie auch im Interesse der
Exekutive liegen.

4. Das ö f f e n t l i c h e I n t e r e s -
s e geht grundsätzlich dem Einzelinteresse vor.
Die staatliche Gewalt der Verwaltungsorgane ist
nach zwei Seiten beschränkt (2):

r e p r e s s i v durch die Strafgesetze,
die die Einzelinteressen generell schützen, in-
dem sie den Schutz des einzelnen zum öffent-
lichen Interesse erklären;

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 18

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 18

p r ä v e n t i v durch die Forderung nach gesetzmäßiger Ausübung der Staatsgewalt durch die Verwaltung. Sarwey formuliert das wie folgt: "Mit der organischen Trennung der Verwaltung von der Gesetzgebung ist in dem Willen des Gesetzgebers ein über ihr stehender Wille rechtlich vorhanden, der in dem Gesetz zum Ausdruck gelangt, gegen den der Wille der Organe der Verwaltung keine Geltung beanspruchen kann".

5. D a s P r i n z i p v o n d e r g e s e t z m ä ß i g e n W a h r n e h m u n g d e r V e r w a l t u n g s a u f g a b e n führt zur Forderung nach der Rechtmäßigkeit der Verwaltung (1). Das bedeutet nicht nur, daß die Verwaltungsnormen gesetzmäßig sind, sondern auch, daß die Verwaltung bei ihrem Handeln an die Beachtung dieser Normen gebunden und nur zu diesem bestimmten Vorgehen ermächtigt ist. So wird ein Bereich geschaffen, in dem allein die Verwaltung tätig wer-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 19

den kann, den sie nicht verlassen darf.

6. Die Organe der R e c h t s p r e c h u n g müssen unabhängig von der Beeinflussung durch die übrigen Staatsorgane sein, deren Handeln sie auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen (1). Die Organe der Rechtsprechung schützen die Rechtsordnung gegen Verletzungen um ihrer selbst willen. Damit die Unabhängigkeit und die Aufgabe der Rechtsprechung nach außen hin erkennbar werden, muß sie schon äußerlich von den übrigen Staatsgewalten getrennt sein. Richtschnur für ihre Tätigkeit ist nur das Gesetz. Jede andere Weisung des Staatswillens an die Rechtsprechung ist ausgeschlossen (2).

c) Die Staatsgewalt im Verfassungsstaat

a) Die Gewaltengliederung

Ersten Kennzeichen des Sarwey'schen konstitutionellen Verfassungsstaates ist die Gewalten-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

$$x_1 = \frac{1}{\sqrt{2}} \begin{pmatrix} 1 \\ -1 \end{pmatrix}, x_2 = \frac{1}{\sqrt{2}} \begin{pmatrix} 1 \\ 1 \end{pmatrix}, x_3 = \frac{1}{\sqrt{2}} \begin{pmatrix} -1 \\ 1 \end{pmatrix}, x_4 = \frac{1}{\sqrt{2}} \begin{pmatrix} -1 \\ -1 \end{pmatrix}$$

gliederung. Die klassische Lehre Montesquieus von der Gewaltenteilung wird von Sarwey nicht übernommen. Denn nach Sarweys Auffassung weist sie eine Reihe von Mängeln auf: Sie stellt die richterliche und exekutive Gewalt einander so hart gegenüber, daß sie sich nicht nur kontrollieren, sondern sogar neutralisieren (1). Sie kenne weder den Begriff der Verwaltung noch den des Verwaltungsrechts. Sie habe deshalb in der Praxis den "Polizeistaat" nicht verhindern können, als dieser das Gleichgewicht der voneinander unabhängigen Gewalten unter der Berufung auf das allgemeine Wohl zugunsten der Exekutive aufgehoben habe (2). Hier liegt offenbar ein Mißverständnis der Gedanken Montesquieus durch Sarwey vor. Denn Sarwey interpretiert Montesquieu nur insoweit richtig, als der "ponvoir exécutiv pour les affaires en droit civil" dem König weitgehende Freiheiten zum Ausbau der Polizeigewalt beließ.

Entscheidend gegen die Theorien Montesquieus spricht nach der Auffassung Sarweys, daß durch

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

das Bestehen völlig voneinander unabhängiger Gewalten sich ein e i n h e i t l i c h e r und ungeteilter S t a a t s w i l l e nicht bilden könne. Eine Teilung des Staatswillens müsse zur Auflösung jeder Staatsgewalt überhaupt führen. Die Staatswirklichkeit zeige, daß es kein Staatsorgan gebe, das nicht Funktionen jeder der drei Gewalten wahrzunehmen habe, um seine Aufgabe erfüllen zu können (1).

Die Lehre Montesquieus vertrage sich nicht mit dem m o n a r c h i s c h e n P r i n z i p (2). Dieses weise dem Staatsoberhaupt in der repräsentativen Monarchie als Aufgabe die Sanktion von Gesetzen und die Anordnung ihrer Verkündigung zu. Es beschränke den Monarchen nicht auf die vollziehende Gewalt (3).

Ebenso könne die Gewaltenteilung nicht bedeuten, daß die Einheit des Staatswillens aufgehoben werde, sondern nur, daß seine Äußerungen o r g a n i s c h g e g l i e d e r t sind.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 21

Im konstitutionellen Verfassungsstaat Sarweys sind bestimmte Organe zur Ausübung eines Teils der Staatsgewalt berufen, wobei die übrigen Organe von der Ausübung eben dieses Teils der Staatsgewalt ausgeschlossen sind (1). Die Staatsgewalt wird nicht nach Hoheitsrechten eingeteilt, wie in der Zeit des Absolutismus, als die Staatsgewalt die "Erweiterung der obrigkeitlichen Rechtssphäre über die individuellen Rechte anderer" (2) war.

Die Einteilung der Staatsgewalt erfolgt im V e r f a s s u n g s s t a a t nach den öffentlichen Interessen. Sarwey räumt ein, daß schon der absolute Staat die Trennung der Staatsgewalt nach dem öffentlichen Interesse vornahm. Aber diese Trennung stellte nur eine Geschäftsverteilung dar. Im Unterschied dazu ist die Gewaltentrennung im konstitutionellen Staat eine rechtliche, es liegt eine echte Zuständigkeitstrennung vor. Die Entwicklung von einer bloßen Geschäftsverteilung zu einer echten Zuständigkeitstrennung liegt darin begründet,

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 21

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

daß "kein in seinen einzelnen Gliedern bis auf einen gewissen Punkt gleichmäßig entwickeltes und geistig durchgebildetes Volk auf die Dauer eine staatliche Omnipotenz erträgt" (1).

Die ständige I n t e r e s s e n k o l l i -
s i o n des einzelnen mit der Staatsgewalt ver-
langt einen Ausgleich, um die Anarchie zu ver-
hindern. Diesen Ausgleich erzwingt die gegen-
seitige Abhängigkeit von Individual- und Staats-
interesse. Das vernünftige Individualinteresse
bejaht das Staatsinteresse und die Anwendung
staatlichen Zwanges gegen den einzelnen. Doch
verlangt es Garantien dafür, daß nicht unter
dem Vorwand des Staatsinteresses das Interesse
einiger weniger oder gar eines einzigen Inha-
bers staatlicher Gewalt auf seine Kosten befrie-
digt wird (2). Eine Garantie dafür besteht da-
rin, daß durch die Gliederung der Staatsgewalt
entsprechend ihren Zuständigkeiten die Handha-
bung staatlicher Gewalt im Verfassungsstaat be-
rechenbar wird.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 16

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

b) Staatsgewalt als Gesetzgebung, Rechtsprechung
und Verwaltung

Im Verfassungsstaat wird jede Staatstätigkeit von dem unteilbaren, einheitlichen S t a a t s w i l l e n bestimmt. Da jede menschliche Tätigkeit, die eine fortgesetzte Aufmerksamkeit und Betätigung des Willens erfordert, einem objektiv bestimmbar Zweck dient und durch Regeln bestimmt wird, ein "Verwalten" bedeutet (1), sind eigentlich alle Tätigkeiten der Staatsorgane V e r w a l t u n g s h a n d l u n g e n . Wenn ein Unterschied zwischen dem Handeln der einzelnen Organe besteht, so liegt das an der unterschiedlichen Willensrichtung der Staatsorgane. Deren verschiedene Richtungen führen zu unterschiedlichen Willensäußerungen; diese haben verschiedene Wirkungen. Entscheidend für die Abgrenzung der verschiedenen Funktionen voneinander sind die Bedingungen der Geltung ihrer Äußerungen. Diese Bedingungen werden von der geltenden Rechtsordnung bestimmt (2).

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 5

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 6

) Die Gesetzgebung

Auch die G e s e t z g e b u n g dient der Verwirklichung des öffentlichen Interesses (1). Der Gesetzgeber ist sich aber bewußt, daß er diesen Zweck seiner Tätigkeit nicht direkt durch seine Willensäußerung bewirkt. Seine Tätigkeit hört mit der Gesetzgebung auf. Sie ist von vornherein darauf gerichtet, mit einer durch die Sprache zum A_usdruck gebrachten rechtsverpflichtenden Bestimmung einen fremden Willen zu beeinflussen. Die Verwirklichung dieser Bestimmung wird einer anderen Staatstätigkeit, der Verwaltung (2) überlassen. Wesentlich für die gesetzgebende Tätigkeit ist, daß der einzelne in den Äußerungen seiner Willensfreiheit ohne seine Zustimmung mit zwingender Kraft bestimmt und gebunden wird. Diese rechtsverpflichtende Wirkung einer Willensäußerung auf den Willen eines anderen kann nur der Staatsgewalt zukommen. Das Organ, das diesen Willen äußert, ist die Gesetzgebung.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 6

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 6

1) Ihre Funktion

Im Verfassungsstaat ist zur Gesetzgebung, also zur Bindung des Einzelwillens, stets eine Mehrheit von einzelnen berufen (1). Gesetzgebungsorgan muß also ein Kollegialorgan sein. Diese Folgerung zieht Sarwey aber nicht ganz klar. Diese Mehrheit berät nicht nur die Gesetze, sondern stellt den entscheidenden Willen zu ihrem Erlaß dar. In der konstitutionellen Monarchie wird dieses Zusammenwirken mehrerer Selbständiger und Gleicher dadurch deutlich, daß Staatsoberhaupt und Volksvertretung sich bei der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt gegenseitig bedingen: Sie sind die g e s e t z g e b e n d e F a k t o r e n (2). Das Gesetz ist das Produkt ihres gemeinsamen Willens und Befehls (3). Die Einigkeit der gesetzgebenden Faktoren macht ihre Willensäußerung nicht zum Gesetz. Dazu ist erforderlich, daß dieser Vorgang nach außen erkennbar wird. Deshalb muß ein Gesetz nicht nur vom Staatsoberhaupt mit Zustimmung der Volksver-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 24

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 24

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 24

tretung erlassen, sondern auch verkündet werden (1).

Der Grundsatz des übereinstimmenden Willens von Staatsoberhaupt und Volksvertretung bei der Gesetzgebung ist im Verfassungsstaat Ausdruck der Furcht vor der Vereinigung aller Macht in einer Hand. Er gilt im besonderen Maße für die Gesetzgebung und erhält seinen Inhalt durch die Forderung, "daß jede Vorschrift der Staatsgewalt, durch welche den einzelnen ohne ihre Zustimmung eine durch die Organe des Staats erzwingbare Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen auferlegt wird, Gegenstand der Gesetzgebung ist oder als Vollzug des Willens des Gesetzgebers begründet werden muß" (2).

Das Gesetz

Bei der Bestimmung des Gesetzesbegriffs ist von den Funktionen der gesetzgebenden Faktoren auszugehen. G e s e t z ist jeder vom Staatsoberhaupt mit Zustimmung der Volksvertretung

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 25

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 25

erlassene und in einem Rechtssatz formulierte Befehl (1). Dabei ist zwischen "Gesetz im materiellen Sinn" und "Gesetz im formellen Sinn" zu unterscheiden.

"G e s e t z i m m a t e r i e l l e n
S i n n" ist die von den gesetzgebenden Faktoren kundgegebene Willensäußerung, durch die der Wille des einzelnen mit rechtlich zwingender Wirkung unmittelbar gebunden wird (2). Nicht jede Willensäußerung der gesetzgebenden Faktoren ist ein Gesetz im materiellen Sinne. Sie kann sich als sonstige Willensäußerung eines Staatsorgans darstellen. Dann ist sie ein Verwaltungshandeln in dem Sinne, in dem jede Staatstätigkeit ein Verwalten bedeutet. Beispiele sind das Budgetrecht der Volksvertretung oder die Einholung der Zustimmung der Volksvertretung zu bestimmten Handlungen der Regierung (3).

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 25

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 25

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 26

Sämtliche Willensäußerungen, mit Ausnahme derjenigen, die Gesetze im materiellen Sinne sind, können insoweit als **V e r w a l t u n g s - a k t e** bezeichnet werden (1), auch wenn sie zu ihrer rechtlichen Gültigkeit der Übereinstimmung der gesetzgebenden Faktoren bedürfen. Weil sie als Verwaltungsakte keine Gesetze sind, bedürfen sie auch nicht deren Form. Es genügt die Übereinstimmung der gesetzgebenden Faktoren. Es sind aber Fälle denkbar, bei denen aus politischen Gründen diese Akte gegen Anfechtung oder Rücknahme gesichert werden müssen. Die Sicherung besteht dann darin, daß diese Akte als übereinstimmender Befehl von den gesetzgebenden Faktoren an die Exekutive und die Rechtsprechung als Gesetze formuliert, beschlossen und verkündet werden.

Das Gesetz im formellen Sinn unterscheidet sich vom Verwaltungsakt im engeren Sinn nicht durch seine Form, sondern auch durch seine Wirkung. Ihm kommt als Ausdruck des Willens der höchsten Staatsgewalt unbedingte Geltung zu.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 26

Sie sind Normen, die ohne weitere Prüfung ihrer Übereinstimmung mit anderen Gesetzen von der Rechtsprechung anerkannt werden müssen. Die formellen Gesetze erhalten damit materiellen Gesetzescharakter (1). Sie finden den Grund ihrer rechtlichen Wirkung nicht in einer Form, die außerhalb ihrer selbst liegt, ihre Wirkung geht über den Kreis derjenigen hinaus, deren Willensäußerungen sie sind.

c) Gesetzgebung und Verordnungsgewalt

Im absoluten Staat ist die Gesetzgebung mit den übrigen Funktionen des Staatswillens vermengt. Es ist nicht nötig, zu bestimmen, welche Äußerung des Staatswillens welcher Funktion zuzuschreiben ist. Obwohl im Verfassungsstaat die Einheit des Staatswillens erhalten bleibt, taucht die Frage auf, welche Äußerung des Staatswillens welcher Funktion zuzuschreiben ist, weil seine Rechtsordnung vom Grundsatz der Gewaltengliederung beherrscht wird. Es wird scharf zwischen der individuell-persön-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 26

lichen Willensäußerung des Staatsoberhauptes und seiner regentschaftlichen Willensäußerung als gesetzgebender Faktor unterschieden. Im Zusammenwirken mit der Volksvertretung wird die letztere zum Gesetz, allerdings nur dann, wenn das verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist. Dann sind beide Faktoren zusammen Gesetzgebungsorgan. Dieses Zusammenwirken ist an sich schon eine Garantie vor willkürlicher Gesetzgebung. Wirklich verhindert wird Willkür aber nur, wenn weder die Gesetzgebungsorgane an den übrigen Staatsfunktionen, noch die übrigen Staatsgewalten an der Gesetzgebung beteiligt sind (1).

Die Gesetzgebung kann nicht jede Materie des Staatslebens kasuistisch regeln. Sie schafft mit den Gesetzen nur einen generellen, abstrakten Rahmen. Dieser bedarf im Einzelfall der Ausfüllung.

Dem dient die staatliche V e r o r d n u n g s g e w a l t (2): "Überall, wo das Gesetz keine Norm gibt und gleichwohl das Bedürfnis einer Rechtsnorm sich zeigt, erweist sie sich als un-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 47

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 47

entbehrlich." Es handelt sich dabei um generelle Tatbestandsaufstellungen, keineswegs um die Regelung von Einzelfällen. Die Verordnungsgewalt tritt neben die gesetzgebende."

Sie handelt nach der Rechtsordnung des Verfassungsstaates und läßt sich negativ wie folgt bestimmen (1): Die Verordnungsgewalt darf nichts ohne das Gesetz oder gar gegen das Gesetz bestimmen.

Die begriffliche Trennung von der Gesetzgebungsgewalt ist formeller Natur (2): Die Tätigkeit des Gesetzgebers setzt sich in ihr fort innerhalb des Rahmens eines Gesetzes oder in Ermangelung eines Gesetzes. Die Ausübung der Verordnungsgewalt ist an gesetzliche Ermächtigungsklauseln gebunden (3). In der Wirkung steht die Verordnung dem Gesetz gleich. Sie bildet mit ihm zusammen die Rechtsordnung. Wie das Gesetz greift die Verordnung in die Rechtssphäre anderer ein

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 47

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 47

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 47

und bestimmt ihren Willen. Die Verordnung ist "ein Allgemeines, durch welches das einzelne in das einzelste geregelt wird" (1). Sie ist kein Gesetzgebungsakt, sondern Äußerung der vollziehenden Gewalt (2).

Auf andere Weise greift der staatliche Einzelakt (Verwaltungsakt) in die Sphäre des einzelnen ein. Die geläufige Unterscheidung von allgemeiner Anordnung und Einzelanordnung lehnt Sarwey, ähnlich wie Stein, ab.

Auch hier zeigt sich, daß die Gewaltengliederung im Verfassungsstaat mehr ein Zusammenwirken der Staatsgewalten bei gegenseitiger Kontrolle und Abhängigkeit, als eine scharfe Gewaltentrennung darstellt.

) Verwaltungsgesetzgebung als Regulator der Verwaltung

A u f g a b e d e r G e s e t z g e b u n g
im Verfassungsstaat ist es vornehmlich, die Verwaltungstätigkeit zu regeln, weil bei ihr der

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 47

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 48

Schwerpunkt der Staatstätigkeit liegt (1). Ausgangspunkt bleibt, daß sich die Verwaltungstätigkeit an den Interessen des Staatswohls orientiert, sich also nicht in der Verwirklichung von Gesetzen erschöpfen kann. Um zu verhindern, daß jede Verwaltungstätigkeit unter Berufung auf die Erfordernisse des Staatswohls gerechtfertigt wird, muß sie reguliert werden. Diese Aufgabe fällt der Verwaltungsgesetzgebung zu (2). Sie verändert und beschränkt die Verwaltungstätigkeit, indem sie zwei Erfordernissen gerecht wird (3):

1. Sie muß den Aufgaben der Verwaltungstätigkeiten angepaßt sein: sie darf sie nicht lähmen.

2. Sie muß dem Wesen der Verwaltungstätigkeit entsprechen: sie darf also nicht individuellen Interessen dienen.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 3

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 37

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 39

Die Wirkung der Verwaltungsgesetzgebung als Regulator der Verwaltungstätigkeit erstreckt sich auf zwei Gebiete:

Zum ersten regelt sie das Verhältnis der Verwaltungstätigkeit zu den Einzelinteressen (1). Sie verpflichtet sich sowohl das höchste Organ, indem sie dessen Instruktionen regelt, als auch die Tätigkeit der diesem nachgeordneten Organe, indem sie deren Ausführung vorschreibt. Die Verwaltungsgesetzgebung ist materielle Gesetzgebung. Sie schützt damit aber auch zugleich die individuelle Rechts- und Willenssphäre vor Eingriffen der Verwaltung, ohne die Verwirklichung des öffentlichen Interesses schlechthin zu verhindern oder sich damit individuellen Interessen auszuliefern. Sie bildet vielmehr die gesetzliche Schranke für die Verwaltung bei der Ausübung staatlicher Gewalt (2). Die Beachtung der Rechtsnormen durch die Verwaltung dient den Interessen der Gesamtheit.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 39
(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 39

Sie nimmt die staatlichen Interessen als Ausdruck der Staatspersönlichkeit wahr (1). Sie verfolgt ihre Aufgaben mit Mitteln, die auch der einzelne zur Erreichung seines Interesses verwendet. Wie für ihn stehen auch für sie dabei Zweckmäßigkeitserwägungen im Vordergrund. Die Verwaltungsgesetzgebung hat nicht so sehr die Aufgabe, die Machtbefugnisse des Staates einzuschränken, sondern die tatsächliche Macht der Verwaltung zu regulieren, indem sie den Gebrauch dieser Macht zum Nachteil des einzelnen verhindert. Die Privatrechtsnormen werden von ihr modifiziert (2), um ein Monopol und Übergewicht des Staates aufgrund seiner tatsächlichen Macht zu verhindern. Dabei geht es aber nur um einzelne Modifikationen eigentlich privatrechtlicher Tätigkeiten, etwa im Verkehr (Eisenbahnen) und Postwesen, also um erste Erscheinungen einer Leistungsverwaltung.

Die Verwaltungsgesetzgebung erweitert ihren Aufgabenbereich bei einem spontanen Vorgehen

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 39

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 40

durch die Verwaltung (1). Die nachträgliche Anerkennung dieses Vorgehens durch Gesetz erhöht die Rechtssicherheit, sie gibt der Verwaltung nicht nur die Möglichkeit, ihre Vorhaben durchzusetzen, sondern gibt dem einzelnen einen Anspruch auf ein bestimmtes Handeln der Verwaltungsorgane (2). Anderenfalls kann der einzelne die Befolgung des erteilten Befehls verweigern.

Das z w e i t e Gebiet, auf das sich die Wirkung der Verwaltungsgesetzgebung als Regulator der Verwaltungstätigkeit erstreckt, ist das Verhältnis der einzelnen Verwaltungsorgane zueinander. Sie regelt ihre Über- und Unterordnung, sowie das Verhältnis der Organe zu den einzelnen.

Die Verwaltungsgesetzgebung bindet die Verwaltungsorgane untereinander (3). Die Gehorsamspflicht der Organe ist an die Gesetzmäßigkeit des erteilten Befehls geknüpft. Fehlt es daran, so ist die Verweigerung der Durchführung geboten. Auf diese Weise ist jedes Verwaltungsorgan für die Gesetzmäßigkeit seines Handelns verantwort-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 40

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 40

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 41

THE HISTORY OF THE

... ..

...

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

lich.

Dem einzelnen gegenüber hat der Wille der Staatsorgane dann keinen unbedingten Vorrang und Anspruch auf Befolgung, wenn die Gesetzmäßigkeit ihres Handelns fehlt. Die Staatsorgane dürfen ihren Willen nur durchsetzen, wenn sich dieser mit dem Gesetz in Übereinstimmung befindet (1): "Rechtmäßig ist das Verhalten der Verwaltungsorgane nur, wenn es weder das Gesetz, noch das durch die dienstliche auf der Verordnung oder Verfügung der vorgesetzten Organe begründete Pflichtverhältnis verletzt." Der unbedingte Gehorsam wird zum verfassungsmäßigen (2). Die Verwaltungstätigkeit wird durch die Verwaltungsgesetzgebung recht- und gesetzmäßig. Garantie dafür sind die Bestimmungen über die Berufung der Verwaltungsorgane, über die Dienstaufsicht und über das Recht der Verwaltungsbeschwerde. Sie bestrafen schuldhaftes Verhalten, regeln Schadenersatzansprüche und entscheiden über die Rechtmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit nach

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 41

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 41

Rechtsgründen (1). Diese formellen Garantien sind auf den Ausgleich von Einzel- und Staatsinteresse gerichtet und werden von Sarwey als formelle Verwaltungsgesetze bezeichnet (2). Sie haben als Gesetz eine den Einzelwillen bestimmende Kraft und bilden zusammen mit den materiellen Verwaltungsgesetzen das Verwaltungsrecht (3)

Daraus ergibt sich die Grenze, "innerhalb welcher das Selbstbestimmungsrecht der einzelnen Organe der Verwaltung nach den Erwägungen der Zweckmäßigkeit in dem Verfassungsstaat sich bewegt" (4). Reine Zweckmäßigkeitserwägungen sind der Verwaltung nur insoweit erlaubt, "als die durch das Verwaltungsrecht geschützte Rechts- und Willenssphäre der einzelnen und der den einzelnen Verwaltungsorganen zugewiesenen Pflichtenkreis nicht verletzt wird" (5).

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 41

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 42

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 42

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 42

(5) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 42

) Die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung im Verfassungsstaat ist ein Erfordernis seiner Rechtsordnung.

R e c h t s o r d n u n g ist der "Inbegriff der in einem Staat geltenden, also von ihm aufrechtzuerhaltenden und zu schützenden Normen über das äußere Verhältnis der Menschen zueinander, der Einzelnen zu den Einzelnen, wie derselben in ihrer Verbindung als Familie, Stamm, Volk, Societät, Korporation und Stadt" (1).

Die Rechtsordnung stellt an den Staat die Forderung zur Wahrung ihrer selbst. Der Staat bedient sich zur Erledigung dieser Aufgabe der Rechtsprechung.

Unter diesem Gesichtspunkt ist es die erste und wichtigste Aufgabe des Staates, die verletzte Rechtsordnung wiederherzustellen (2).

R e c h t s p r e c h u n g ist diejenige staatliche Tätigkeit, in welcher sich ein Staatsorgan zur ausschließlichen Aufgabe setzt, festzustellen, was der Rechtsordnung gemäß ist, und hierdurch, nötigenfalls durch das Mittel

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 11

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12

des Zwanges gegen den verletzten Willen, die Rechtsordnung in der Erscheinung der Außenwelt zu verwirklichen, ohne jede Rücksicht darauf, welches sonstige Interesse hierdurch berührt, gefördert oder gestört wird (1).

Daß diese Tätigkeit nur vom Staat ausgeübt werden kann, ergibt sich aus dem Staats- und Rechtsbegriff Sarweys von selbst. Daraus erklärt sich auch, daß für ihn die Rechtsprechung eine Art Staatsverwaltung im weitesten Sinne ist (2).

) Abgrenzung von der Verwaltung

Von der Verwaltung im engeren Sinne ist die Rechtsprechung durch die ihr zugewiesene Funktion abgegrenzt. Die Verwaltung beschränkt sich nicht bloß auf die Wahrung der Rechtsordnung, sondern verfolgt das öffentliche Interesse schlechthin. Dazu ist ihr die Rechtsordnung nur ein Mittel zum Zweck (3).

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 13

Die R e c h t s p r e c h u n g dagegen fragt nur, was die Rechtsordnung in ihrer Anwendung auf die einzelne Tatsache fordert. Ihre Tätigkeit ist bereits mit der Beantwortung dieser Frage erschöpft. Ihr Selbstzweck ist die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung um jeden Preis, ohne Rücksicht auf andere Interessen (1).

Die Voraussetzungen des Tätigwerdens der Rechtsprechung sind andere, als die der Verwaltung. Diese tritt in Tätigkeit, weil das öffentliche Interesse es gebietet, die Rechtsprechung dagegen greift nur bei einer Rechtsverletzung ein (2). Die Verletzung muß um des Rechtes willen, also aus formalem Grund, ohne jede Rücksicht auf sonstige Interessen, beseitigt werden.

Gerichte und Verwaltungsbehörden

Das Recht wird von Menschen verwirklicht und hat seinerseits den materiellen Zweck, das von der Rechtsordnung bedingte Interesse zu verwirklichen. Die Subjekte der Verwirklichung des Rechts sind jedoch verschieden. Daraus ergibt sich ein Unterschied in der Wahl der Mittel

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 13

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 13

zur Verwirklichung der Rechtsordnung (1).

Die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Zivilrechts (2) ist erforderlich, weil der einzelne dem anderen einzelnen gegenüber sein Recht nur mit Hilfe des staatlichen Zwangs durchsetzen soll. Der Staat hat ein Zwangsmopol, um Anarchie zu verhindern, die durch Selbsthilfe heraufbeschworen werden könnte. Er muß durch seine Organe Streitigkeiten schlichten und den Rechtsfrieden wiederherstellen. Dem unterliegenden einzelnen muß dabei klar werden, daß die Rechtsordnung gegen ihn ist. Er wird sich damit nur abfinden, wenn er das unbedingte Vertrauen haben kann, daß der Richterspruch nicht willkürlich ergangen ist, sondern in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung. Um dieses Vertrauen zu schaffen, muß die Rechtsprechung drei Forderungen erfüllen (3):

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 43

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 43

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 43, 44

1. Sie muß von der gesetzgebenden Gewalt getrennt sein.
2. Sie muß sich auf eine Zivilrechtsordnung stützen können, die den Einzelfall regelt.
3. Der Richter muß vor jeder Beeinflussung und Einwirkung von außen geschützt sein.

Die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Strafrechts muß sich auf eine möglichst vollständige Strafrechtsordnung stützen und verlangt andererseits, daß keine Strafe ausgesprochen werden darf, die nicht gesetzlich normiert ist (1).

Für die Verwirklichung des Verwaltungsrechts ergeben sich andere Kriterien (2). Sarwey erkennt zwar an, daß die Streitigkeiten über die rechtmäßige Ausübung der Verwaltungstätigkeit von einer Verwaltungsgerichtsbarkeit entschieden werden sollten, weil der Verfassungsstaat dadurch begrifflich vollendet wäre (3). Im Unterschied zum Zivil- und Strafrecht, das allein

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 44

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 44

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 46

von den Gerichten gehandhabt werden kann, wird das Verwaltungsrecht aber von der vollziehenden Gewalt im Staat verwirklicht. Sarweys hält die Gefahr einer Rechtsverletzung durch die Verwaltung für geringer als die Neigung zur Rechtsverletzung auf den Gebieten des Zivil- und Strafrechts durch den einzelnen (1). Denn diejenigen, die die Staatsgewalt ausüben, sind nicht nur an das Verwaltungsrecht gebunden, sondern vom Strafrecht, dem Beschwerderecht und dem Disziplinarrecht für den Fall einer Rechtsverletzung mit Strafe bedroht. Eine besondere Rechtsprechung für das Gebiet des öffentlichen Rechts darüber hinaus ist deshalb nicht erforderlich.

Das Verwaltungsamt ist im Unterschied zum Richteramt allein zur Wahrung des öffentlichen Interesses geschaffen. Daraus folgt, daß den Gerichten schon deshalb eine Kontrolle der Verwaltung nicht zukommen darf, weil sonst das gesamte Gefüge des Staatsorganismus durcheinander gebracht wird (2). Die gegenteilige An-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 45

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 45

sicht bezeichnet Sarwey als "Unikum": "Man ist tatsächlich nicht berechtigt, eine solche geistige und sittliche Überlegenheit der Richter über die Verwaltungsbeamten vorauszusetzen, um von vornherein anzunehmen, daß die Rechtsordnung nur von Richtern zum Vollzug gebracht werden könne" (1).

Bei dieser Polemik übersieht Sarwey, daß es hier nicht um eine Privilegierung des Richterstandes geht, sondern um die Kontrolle und Garantie rechtsstaatlichen Handelns der Verwaltung.

Der ordnungsgemäße Vollzug als Kriterium der Verwaltungstätigkeit wird jedoch nach Sarweys Auffassung infrage gestellt, wenn die Rechtsprechung sich darin einmischen kann. Die Bindung der Verwaltungsorgane an das Verwaltungsrecht stellt eine ausreichende Garantie gegen Willkürakte dar. Ein weiterer Schutz ist die Ausbildung der Beamten, die Einrichtung des

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S.45

Ehrenamtes, die Kollegialverfassung von Behörden und die Möglichkeit der Beschwerde (1).

So ist für Sarwey die Verwirklichung des Rechtes in der Verwaltung mehr eine Frage der Organisation, als eine der Kontrolle der Verwaltung durch eine besondere Rechtsprechung (2).

3) Die vollziehende Gewalt

Bei der Definition der Exekutive im Verfassungsstaat wird erneut die Ablehnung der klassischen Gewaltenteilungslehre Montesquieus durch Sarwey sichtbar. In der konstitutionellen Monarchie repräsentiert das Staatsoberhaupt den einheitlichen Staatswillen. Deshalb ist es auch an allen Staatsfunktionen beteiligt. Dennoch liegt eine Funktionsteilung der Staatsgewalt vor. Die Exekutive wird aber nicht vornehmlich als Gegensatz zur Legislative begriffen.

4) Vollziehung und Verwaltung

Im Anschluß an Lorenz von Stein unterscheidet

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 45

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 45

Sarwey zwischen vollziehender Gewalt und Verwaltung (1). Diese Unterscheidung erscheint für den Juristen von heute zwar nicht ganz verständlich, sie erklärt sich aber daraus, daß Sarwey ebenso wie Stein zwischen Verwaltung im weitesten Sinne womit er jede staatliche Tätigkeit meint und der eigentlichen Verwaltung im engeren Sinn unterscheidet. Die v o l l z i e h e n d e G e - w a l t läßt sich nach Sarwey negativ als Staatswille definieren, der sich nicht als Gesetzgebung oder Verordnung äußert (2). Denn die Rechtspflege gliedert Sarwey unter die vollziehende Gewalt (2a). Die Schwierigkeit einer positiven Begriffsbestimmung liegt darin, daß gleichzeitig die besondere Art der Tätigkeit und das Organ zu ihrer Ausübung bestimmt werden müssen.

Sarwey zerlegt den Begriff "vollziehende Gewalt" in die Bestandteile Vollziehung und Gewalt (3).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 53

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 50

(2a) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 54

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 21

V o l l z i e h u n g setzt ein Handeln und einen Willen, der dieses Handeln bestimmt, voraus. Das Subjekt dieses Willens ist nicht unbedingt mit dem des Handelns identisch. "Die vollziehende Tätigkeit der Organe des Staats ist stets nicht nur die Vollziehung ihres eigenen Willens, sondern des Staatswillens" (1). Deshalb ergeben sich zwei Möglichkeiten der Vollziehung: das Staatsoberhaupt vollzieht den Staatswillen, wobei jede seiner Handlungen, ganz gleich ob es sich dabei um gesetzgebende, rechtsprechende oder verwaltende Tätigkeit handelt, Vollziehung ist. Ebenso vollziehen auch die untergeordneten Organe aus sich selbst oder auf Anweisung die ihnen übertragenen Aufgaben.

G e w a l t bezeichnet ein bestimmtes Verhältnis vom Subjekt eines Willens zu dessen Objekt. Als Rechtsbegriff ist sie "eine Summe von Befugnissen, vermöge welcher der Wille des Einen demjenigen des Anderen unterworfen ist" (2). Diese Gewalt tritt am deutlichsten bei

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 22

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 23

der Gesetzgebung zutage. Wird sie von Verwaltungsorganen ausgeübt, so ist sie vollziehende Gewalt.

Im Verfassungsstaat werden G e s e t z m ä s s i g k e i t mit den Begriffen Gewalt und Vollziehung notwendig verbunden. So wird im Verfassungsstaat die vollziehende Gewalt zur Machtbefugnis einer rechtlichen Herrschaftsübung durch die Organe der Staatsverwaltung (1). Die Ausübung der staatlichen Gewalt der Verwaltungsorgane ist noch nicht die Verwaltungstätigkeit selbst. Sie ist eine in dieser Tätigkeit liegende Willensäußerung, die das Verwaltungshandeln kennzeichnet. Sie ist Ausübung eines Rechts der Verwaltung, sofern sie rechtmäßig ist. Die Ausübung der staatlichen vollziehenden Gewalt erscheint "stets als die Vollziehung des Gesetzes oder eines den Organen erteilten rechtmäßigen Befehls des höchsten oder eines vorgesetzten Verwaltungsorgans" (2).

Auch die Exekutive wird von der Rechtsordnung

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 23

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 24

bestimmt. Insofern sie ihre Normen in der Außenwelt verwirklicht, ist sie vollziehende Staatsgewalt. "Das gesamte übrige Gebiet der Betätigung des Volkswillens durch die Staatsorgane ist Verwaltung" (1).

Damit ist die *V e r w a l t u n g* zunächst nur negativ definiert. Zu einer positiven Begriffsbestimmung gelangt Sarwey, indem er ihre Aufgaben erläutert. Der verwaltenden Tätigkeit eigentümlich ist die Willensrichtung, die auf die Erreichung eines bestimmten Zwecks und auf die Verwirklichung dieses Zwecks mit erkennbarem Erfolg gerichtet ist. Verwaltung ist die Tätigkeit der Organe des Staates, welche auf die Erfüllung der Aufgaben des Gemeinwesens und die Befriedigung seiner Bedürfnisse gerichtet ist (2). Auch ihre Aufgabe ist die Verwirklichung des öffentlichen Interesses. Die einzelnen Äußerungen der Verwaltungstätigkeit sind so vielfgestaltig wie die öffentlichen Interessen. Zusammenfassend läßt sich die *S t a a t s - v e r w a l t u n g* als diejenige Tätigkeit definieren, "welche unter Ausscheidung der

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 53

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 5

Tätigkeit der Gesetzgebung und der Rechtsprechung auf Verwirklichung eines öffentlichen Interesses gerichtet ist und sich bis zur tatsächlichen Verwirklichung derselben fortsetzt" (1).

Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Im Verfassungsstaat ist das Gesetz der Wille der höchsten Gewalt im Staat. Daraus folgt, daß die Tätigkeit eines jeden Staatsorgans an das Gesetz gebunden ist und in ihm seine Schranke findet. Das gilt insbesondere für die Verwaltungstätigkeit (2). Die Forderung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist Ausdruck der Gewaltenteilung, der Trennung von Gesetzgebung und Verwaltung. Daraus folgt für den Verfassungsstaat, daß keine Willensäußerung eines Verwaltungsorgans rechtliche Geltung hat, die dem Gesetz widerspricht (3).

Dieses Prinzip dient dazu, den Gegensatz von Staat und Individuum aufzuheben. Damit ist ausgesprochen, daß es nicht die Lösung dieses Gegen-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 14

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 31

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 31

satzes darstellt, sondern nur eine formelle Wirkung hat, die durch den materiellen Inhalt der Gesetzgebung bedingt ist. Durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sind ihrer Tätigkeit die Herrschaftsrechte nicht entzogen, denn sonst könnte sie ihrer Aufgabe, der Verwirklichung des öffentlichen Interesses, nicht gerecht werden (1). Sie erkennt aber an, daß sie bei ihrer Tätigkeit Gesetze nicht verletzen darf, doch gelten für ihr Handeln andere Normen, als für den einzelnen. Nicht jede Verwaltungstätigkeit, die nicht gesetzlich angeordnet ist, wird deshalb unrechtmäßig (2).

Immerhin ergeben sich bei der Interpretation des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zwei Möglichkeiten (3):

1. Die Verwaltung hat keine Herrschaftsrechte, als die ihr von der Gesetzgebung ausdrücklich zugewiesenen.

2. Die Verwaltung ist bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nur insoweit beschränkt, als es das

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 31

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 32

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 32

Gesetz ausdrücklich bestimmt, ansonsten aber auf die öffentlichen Interessen gerichtet.

Sarwey neigt der zweiten Auffassung zu (1) und befürwortet deshalb eine Verwaltungsgesetzgebung, die den Erfordernissen des wirklichen Staatslebens angepaßt ist und der freien Verwaltungstätigkeit einen möglichst großen Spielraum gewährt, ohne aber den einzelnen zu ent-rechten.

) Aufgaben der Staatsverwaltung

Die Tätigkeit der Verwaltung dient im besonderen Maß der Verwirklichung des öffentlichen Interesses. Die Verwirklichung ist abhängig von den äußeren Verhältnissen (2). Nach ihnen stellen sich die Aufgaben, an denen sich die Organisation der Verwaltung ausrichtet. Die Aufgaben des modernen Staatslebens sind vielfältig und differenziert. Der Verfassungsstaat findet einen Schwerpunkt seiner Aufgaben in der Staatsverwaltung.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 33

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 48

Sarwey unterscheidet folgende Verwaltungszweige
(1):

1. die a u s w ä r t i g e n A n g e l e g e n
h e i t e n , die sich aus dem Begriff des Staa-
tes als Persönlichkeit ergeben; als Person tritt
er nach außen in Beziehung zu anderen Persön-
lichkeiten, den fremden Staaten;

2. das K r i e g s w e s e n , das Ausdruck
der körperlich-persönlichen Erscheinung des
Staates ist; als Person hat der Staat eigene
Interessen, die er fremden Interessen gegenüber
schützen muß; das Kriegswesen ist das Schutz-
mittel, das ihn vor fremder Gewalt bewahren und
der Verwirklichung eigener Interessen Nachdruck
verleihen soll;

3. das F i n a n z w e s e n : Wie jede na-
türliche Person, so bedarf der Staat zur Er-
reichung seiner Zwecke sachlicher Güter; die
Tätigkeit auf dem Gebiet des Finanzwesens hat
die Erwerbung, Erhaltung und zweckmäßige Ver-
wendung dieser Sachgüter zum Inhalt;

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 48, 49

THE B. I. C. ...

... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

...

4. die i n n e r e V e r w a l t u n g :
Staat und einzelner bedingen sich gegenseitig.
Diese Beziehung ist Gegenstand der Verwaltungstätigkeit. Sie läßt sich danach einteilen, ob sie das Interesse des Staates oder das des einzelnen zum Gegenstand hat.

Im praktischen Staatsleben können sich die Tätigkeiten der vier genannten Verwaltungszweige überschneiden, so daß die Zuständigkeitsbestimmung schwierig wird (1).

Im Unterschied zum einzelnen muß sich der Staat die Organe seiner Tätigkeit selbst schaffen (2). Das stellt eine der Hauptaufgaben der Verwaltung dar, ohne deren Erfüllung eine staatliche Tätigkeit nicht möglich ist. Begrifflich ist diese Tätigkeit innere Verwaltung, weil sie sich auf das Verhältnis von Staat und einzelem bezieht (3). Auch die Aufsichtsführung von höheren über untergeordnete Staatsorgane gehört zur inneren Verwaltung.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 49

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 49

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 49

) Der konstitutionelle Verfassungsstaat - ein
Verwaltungsstaat

Die neue juristische Schule zeigt starkes Interesse für die konkreten Aufgaben im Staat. Bei der Beschäftigung mit den praktischen Fragen der vollziehenden Gewalt, bildete sich ein besonderes Verständnis für die Aufgaben der Verwaltung. Dazu trug das Erlebnis des beinahe täglichen Zuwachses der öffentlichen Tätigkeiten bei. Die Erkenntnis, daß bei der Verwaltung der Schwerpunkt der vollziehenden Gewalt überhaupt lag, führte dem dualistischen Verständnis von Staat und Gesellschaft entsprechend zu einer Trennung von Staatsrecht und Verwaltungsrecht.

Das Verständnis der Gewaltenteilung, die die exekutive Gewalt beim monarchischen Staatsoberhaupt häufte, begünstigte die Stärkung der bürokratischen Verwaltung. Der konstitutionelle Staat wurde zum "Verwaltungsstaat" (1), weil die Verwaltung Trägerin der Hauptleistung des

(1) Ellwein, S. 165

1. The first part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

2. In the second part of the paper, we consider the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

3. In the third part of the paper, we consider the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

4. In the fourth part of the paper, we consider the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

5. In the fifth part of the paper, we consider the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

6. In the sixth part of the paper, we consider the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

7. In the seventh part of the paper, we consider the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

8. In the eighth part of the paper, we consider the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

9. In the ninth part of the paper, we consider the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \int_0^x f(t) dt + \dots$$

It is shown that the function $f(x)$ is continuous and differentiable at every point x of the interval $[0, 1]$.

Staates wurde. Diese Tätigkeit verlangte nach einer rechtlichen Erfassung. Den ersten Schritt dazu unternahm das Land Baden 1863 mit der Einführung einer besonderen Verwaltungsrechtspflege. Sarwey als Württemberger knüpft daran an. Auch er sieht den Schwerpunkt des Verfassungsstaates bei der Verwaltung und deren rechtlicher Gestaltung.

) Die innere Verwaltung

Die Aufgabe der inneren Verwaltung ergibt sich aus dem Staatsbegriff. Der Staat ist nicht nur eine selbständige Persönlichkeit, sondern auch eine Genossenschaft (1), ein Mittel zur Wohlfahrt seiner Glieder. Das genossenschaftliche Verhältnis der Glieder zueinander begründet gegenseitige Rechte und Pflichten. Die i n n e - r e V e r w a l t u n g ist "die Staats-tätigkeit zur Verwirklichung der in der genossenschaftlichen Seite des Staates begründeten Aufgaben ..." (2). Sie hat durch ihre Tätigkeit

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 57

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 57

stets eine Beziehung zum einzelnen, soweit er dem Staat angehört oder sich in ihm aufhält. Einzelner und Staat bedingen sich in ihrem Dasein und in ihren Willensäußerungen. Die Funktionen der Verwaltung richten sich nach den Erscheinungen und Betätigungen des individuellen Lebens. Die Rechtswissenschaft kann sich nicht mit einer empirischen Katalogisierung dieser Funktionen begnügen. Sie forscht nach den inneren Gründen und vernünftigen Zwecken der Staats-tätigkeit, nach den Grundprinzipien der Verwaltung (1).

Dabei kommt sie zu dem Ergebnis, daß kein Staat sich jemals dem Leben der einzelnen gegenüber passiv verhalten hat, weil seine Existenz vom einzelnen vielfältig bestimmt wird: die Vermehrung der Bevölkerung durch Leben und Einwanderung, der Gütererwerb, die Arbeitskraft und ihre Ausbildung, die Religion und der Beruf, die Verkettung aller Arten von menschlichen Beziehungen bestimmen und bedingen den Staat.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 58

Dieser Erkenntnis kann sich der Staat nicht entziehen. Umso intensiver greift er unter dem Gesichtspunkt des Staatswohls in die individuellen Beziehungen ein: er verwaltet sie (1). Je komplizierter und differenzierter sich das individuelle Leben gestaltet, desto vielfältiger die staatlichen Eingriffe. Es kommt zwangsläufig dazu, daß Staatswohl und Einzelwohl vom Staat als identisch hingestellt werden (2). Bei der Bestimmung des Begriffs "Staatswohl" zeigt sich vor allem ein Übelstand: das subjektive Urteil der Regierenden (3). Die Gefahr des Irrtums ist umso größer, je mehr die Staatsgewalt das individuelle Leben des einzelnen bis ins einzelste regeln will und wie die Vorsehung selbst zu bestimmen sucht.

Im Verfassungsstaat bleibt der Grundgedanke, das Wohl des einzelnen wie das des Volksganzen zu fördern, bestehen. Die staatliche Gewalt als Mittel zur Bewältigung dieser Aufgabe wird aber

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 59

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 59

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 59

durch den Grundsatz der Recht- und Gesetzmäßigkeit bestimmt (1). Damit hat sich die Aufgabe des Staates geändert: nicht mehr eine abstrakte Wohlfahrt um jeden Preis, sondern die Abwägung (2) der einander gegenüberstehenden Interessen des einzelnen wie der Gesamtheit bestimmen die Staatstätigkeit. Trotz dieser Einschränkung der Wohlfahrtstätigkeit wächst der Aufgabenkreis der Staatsverwaltung durch die Umwälzungen der Technik in Gebiete hinein, die bisher nie vom Staat erfaßt worden waren.

b) Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre

Aus den Funktionen der Verwaltung leitet Sarwey den Begriff des Verwaltungsrechts her. Es ist "die Gesamtheit der Rechtsnormen, welche die Tätigkeit der Organe des Staats in den vorstehend bezeichneten vier Verwaltungszweigen regelt" (3).

V e r w a l t u n g s r e c h t ist nach Sar-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 61

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 61

(3) Sarwey, Verwaltungslehre, S. 50

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11

wey die Lehre von der Verwaltung, soweit diese im wirklichen Staat durch Gesetz geregelt und bestimmt ist (1). Demgegenüber beschäftigt sich die Verwaltungsl ehre (2) nicht mit dem wirklichen Staat und der bestehenden Ordnung der Verwaltungstätigkeit. Sie untersucht stattdessen, was sein sollte, und entwickelt die Grundsätze staatlicher Verwaltungstätigkeit aus dem Staatsbegriff (3).

Die wissenschaftliche Bearbeitung der Verwaltungstätigkeit beginnt mit der Verwaltungslehre, solange das Verwaltungsrecht erst am Anfang seiner Entwicklung steht.

Zwar existiert in jedem Staat ein Verwaltungsrecht, weil für jede Verwaltungstätigkeit Normen bestehen. Im absoluten Staat haben sich diese in den Instruktionen niedergeschlagen, unsystematischen Befehlen, die einem momentanen Bedürfnis Rechnung trugen. Eine prinzipielle Be-

(1) Sarwey, Verwaltungslehre, S. 50

(2) Sarwey, Verwaltungslehre, S. 50

(3) Sarwey, Verwaltungslehre, S. 50

gründung war nicht erforderlich, weil die Staats-
tätigkeit vom Staatsoberhaupt undifferenziert
ausgeübt wurde (1). Dieses wollte sich jeder-
zeit eine Eingriffsmöglichkeit erhalten. Dafür
wären rechtliche Voraussetzungen nur hinderlich
gewesen.

Erst der Liberalismus begann mit einer syste-
matischen Darstellung, ohne aber über die Ver-
waltungslehre hinauszukommen (2). Nach Sarweys
Ansicht lag das in der liberalen Staatsauffas-
sung begründet, bei der die Hauptrolle im Staat
der Volksvertretung in ihrer Stellung gegenüber
der Regierung zukam. Deshalb wurde einseitig
der Teil des öffentlichen Rechts gepflegt, der
sich mit den Aufgaben des Parlaments beschäf-
tigte. Diese Auffassung hat in ihrer Konsequenz
dazu geführt, daneben jede Staatsgewalt außer
der richterlichen zu verneinen (3). Zwar ver-
suchte man dem auszuweichen, indem der Regierung
eine Anzahl von Hoheitsrechten zugewiesen wurden.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 50

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 51

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 52

Doch mit ihrer Aufzählung waren sie auch schon erschöpft. Die Rechtswissenschaft konnte dem nichts hinzufügen, alles übrige blieb der Verwaltungstechnik, der Politik oder Verwaltungslehre vorbehalten (1).

Die Ansätze zu einer Verwaltungsrechtswissenschaft verkümmerten, man beschäftigte sich nur mit den Rechten des einzelnen, denen der Volksvertretung und den überkommenen Gewohnheitsrechten. So ist es ganz verständlich, daß man den Polizeistaat nicht verhindern konnte, denn trotz der Proklamation der Freiheitsrechte griff der Staat in diese Rechte unter Berufung auf seine Hoheitsrechte willkürlich ein. Erst Robert von Mohl unterschied zwischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht (2). Sarwey vermißt jedoch eine "prinzipielle Grenzregulierung" (3) zwischen beiden Rechtsgebieten. Denn der Inhalt der Verfassungsurkunde wurde zwar dem Staatsrecht, die Polizei- und Finanzverwaltung

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 52

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 53

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 53

dem Verwaltungsrecht zugewiesen, das Verwaltungsrecht wurde damit umgekehrt zur Polizei- und Finanzwissenschaft. Eine begriffliche Scheidung blieb jedoch aus.

) Die sogenannte Verwaltungsjurisdiktion

Diesem Mangel versucht Sarwey durch die sogenannte **V e r w a l t u n g s j u r i s - d i k t i o n** abzuhelfen. Darunter versteht er die rechtliche Bestimmung der "Tätigkeit der Verwaltungsorgane in ihrer bestimmten Wirkung auf die Willens- und Rechtssphäre des Einzelnen" (1). Die Beschäftigung mit dieser Tätigkeit ist **V e r w a l t u n g s r e c h t s - p f l e g e**. Eine Rechtsprechung ist die Verwaltungsjurisdiktion trotz ihrer Bezeichnung nicht. Die Verwaltungsrechtspflege begegnet nach Auffassung Sarweys folgenden zeitbedingten Schwierigkeiten (2):

1. steht sie in einer engen Wechselbeziehung zu dem politischen Leben und den unterschied-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 3

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S.4/

lichen Grundanschauungen über den Staat. Dadurch ist die objektive Bestimmung ihrer Aufgabe gefährdet, subjektiven Ansichten die Tür geöffnet;

2. berührt sie ein Gebiet, auf dem Staat und Gesellschaft aufeinander stoßen. Es entstehen Reibungsflächen, weil genaue Begriffsbestimmungen fehlen, die Rechtsentwicklung im Fluß ist und so eine exakte juristische Formulierung erschwert wird.

3. ist sie eine neue Institution (1). Der Geschäftsbereich der Behörden, ihre Organisation, ist durch das materielle Recht meistens nur allgemein bestimmt, so daß sich jeder darunter etwas anderes vorstellen kann. Häufig stehen sich der Anspruch der Verwaltung auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung und der Anspruch der Rechtsprechung mit der ihr eigentümlichen Bestimmtheit und Starrheit der Rechtsnormen gegenüber. Eine Verwaltungsjustiz setzte aber ein Verwaltungsrecht mit innerer Folgerichtigkeit ohne Lückenhaftigkeit voraus, an dem es fehlt.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung S. 5

4. stellt sie das Ergebnis einer bestimmten Staatsentwicklung dar, ohne die kein öffentliches Recht möglich wäre (1).

Sarweys Motiv für die Beschäftigung mit der Verwaltungsrechtspflege ist vor allem, dadurch einer Staatsauffassung entgegenzutreten, die den Volkswillen in der Rechtssprechung und ihren Äußerungen erschöpft sehen will (2). Er sieht darin ein unberechtigtes Misstrauen gegenüber den Verwaltungsbehörden und in deren Fähigkeit, rechtlich zu handeln und möchte die Idealvorstellung, nur in der Rechtssprechung sei Rechtlichkeit und Unvoreingenommenheit garantiert, auf das richtige Maß zurückführen. Der Schutz der Individualrechte vor Willkür und Übergriffen soll unbedingt erhalten bleiben. Infolgedessen hat die Verwaltungsrechtspflege zur Aufgabe, "die gesamte Tätigkeit der Staatsorgane" darzustellen, "welche ohne auf die Rechtssprechung beschränkt zu sein, in Verfolgung der öffentlichen Inte-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S. 6

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S. 7

ressen des allgemeinen Wohles die Interessen der Einzelnen in bindender Weise bestimmt"

(1)

4. ZUSAMMENFASSUNG

Die Staatslehre Otto von Sarweys ist j u r i s t i s c h - f o r m a l. Denn es kommt Sarwey allein auf "die Behandlung der Materie unter dem vorherrschenden Gesichtspunkte der folgerichtigen Begriffsentwicklung mit Beziehung auf die Rechtsanwendung (2) an.

Der S t a a t ist die "Organisation des Volkes, die zum individuellen Leben erhobene Gemeinschaft der Einzelnen in einer höheren, selbständigeren und unendlich größeren Gestalt der Persönlichkeit als der Einzelnen" (3). Dieser Staat hat Interessen, die über die Wahrung der Rechtsordnung hinausgehen. Das Staatsinteresse ist mit dem Einzelinteresse nur insoweit identisch, als sich der Staat auch dessen Verwirklichung zur Aufgabe gesetzt hat.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S. 3

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S. 7

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht S. 12

1. The first part of the

document is a list of the

10

11

Der zentrale Begriff in Sarweys Staatsdenken ist der V e r f a s s u n g s - s t a a t .

Dessen erstes Kennzeichen ist eine Gewalten-gliederung, die sich am Ö f f e n t l i - c h e n I n t e r e s s e o r i e n t i e r t (1). Im Unterschied zum absoluten Staat handelt es sich um eine rechtliche Aufgliederung der Staatsgewalt in Zuständigkeiten (2)

Staat und Individuum bedingen einander. Die Anwendung staatlicher Gewalt gegen den einzelnen ist notwendig, um Anarchie zu verhindern. Das I n d i v i d u u m verlangt, jedoch Garantien dafür, daß unter dem Mantel des Staatsinteresses nicht die persönliche Interessen der zufälligen Inhaber der staatlichen Gewalt befriedigt werden. Diese Garantie gewinnt er aus der Rechtsordnung (3).

Die G e s e t z g e b u n g hat infolgedessen unter den staatlichen Funktionen den

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 6

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 16

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

Vorrang (1). Grundsätzlich kommen Gesetze nur durch ein Zusammenwirken von König und Volksvertretung zustande. Ausnahmen von dieser Regel sind nur möglich, wenn dafür zuvor eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen wurde. G e s e t z ist "jede Vorschrift der Staatsgewalt, durch die dem Einzelnen ohne seine Zustimmung eine durch die Organe des Staates erzwingbare Verpflichtung zu bestimmtem Handeln auferlegt wird" (2). Durch die Bindung des Willens des einzelnen durch die Staatsgewalt dient auch die Gesetzgebung öffentlichen Interessen.

Sarwey unterscheidet zwischen f o r m e l -
l e n und m a t e r i e l l e n Ge-
setzen. Formelle Gesetze sind solche, die
aufgrund einer bloßen gesetzlichen Ermächti-
gung auf dem Verordnungswege von der Exekutive
erlassen werden können, materielle sind solche,

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 18

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 25

die durch das verfassungsmäßig vorgeschriebene formelle Gesetzgebungsverfahren zustande kommen.

Die Verwaltungsgesetzgebung wird zum **R e g u l a t o r** der Verwaltungstätigkeit (1). Sie hat die Aufgabe, den einzelnen vor willkürlichen Eingriffen der Staatsorgane unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses zu schützen. Überschreiten die Staatsorgane diese Grenzen, so stehen dem Bürger dagegen Rechtsmittel offen. Der vom Bürger geforderte Gehorsam wird damit vom absoluten zum verfassungsgemäßen.

Die Staatstätigkeit kann in der Vollziehung einer Rechtsnorm bestehen, ist aber nicht damit erschöpft. Sie umfaßt auch die Erfüllung anderer Aufgaben des Gemeinlebens und die Befriedigung seiner Bedürfnisse durch einen auf die Erreichung dieses Zweckes bewirkten und erkennbaren Erfolg, der auf die Verwirklichung des öffentlichen Interesses

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 37

abzielt (1). Diese Tätigkeit ist Verwaltung im eigentlichen Sinne.

Im Verfassungsstaat gilt das Prinzip der G e s e t z m ä ß i g k e i t d e r V e r w a l t u n g. Das bedeutet, daß die Verwaltungstätigkeit einer gesetzlichen Bindung unterliegt und so berechenbar und eingeschränkt wird (2).

Im Verfassungsstaat liegt die Wahrung der Rechtsordnung im allgemeinen Interesse. Insofern ist auch die R e c h t s p r e c h u n g Wahrnehmung öffentlicher Interessen. Ihre Aufgabe ist die Behauptung der Rechtsordnung gegen Verletzungen durch ihre Wiederherstellung (3). Das Rechtsprechungsorgan stellt fest, was der Rechtsordnung entspricht und geht auf andere Interessen vor. Zur Erhaltung des Vertrauens des Bürgers

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 5

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 31

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12

in die Rechtsprechung bedarf es verschiedener Sicherungen. Diese bestehen in einer scharfen Trennung von der Gesetzgebung, genau formulierten und allgemein-verbindlichen Gesetzen, sowie der Garantie der Unabhängigkeit des Richters.

Eine besondere Verwaltungsgesamtheit lehnt Sarwey ab (1). Zwar hält er die Nachprüfung von Verwaltungsakten für erforderlich, doch genügen nach seiner Ansicht dazu die in die übrige Behördenorganisation eingereichten Verwaltungsbehörden. Sie unterliegen einer gerichtsartigen Selbstkontrolle. Der einzelne ist durch die Auswahl der Beamten, ihre Bestrafung bei Amtspflichtsverletzungen, ein Beschwerderecht, sowie durch Eröffnung des Rechtsweges zur Zivil- und Strafgerichtsbarkeit gesichert (2).

Besondere Aufmerksamkeit widmet Sarwey der Verwaltungsschutzpflege,

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 45

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 44

insbesondere ihrer Trennung von der Verwaltung. Den Gegensatz zwischen den Ansprüchen der Verwaltung auf ihre freie Betätigung und der von der Rechtsprechung geforderten Bestimmtheit und Nachprüfbarkeit der Verwaltungstätigkeit will er dadurch lösen, daß die Verwaltungsgesetzgebung unmittelbar auf ihren praktischen Zweck ausgerichtet wird (1).

Die S e l b s t v e r w a l t u n g ist das positive Element des Sarwey'schen Verfassungsstaats. Sarwey sieht in der Heranziehung des einzelnen zur Besorgung öffentlicher Geschäfte in der Form des Ehrenamtes die Lösung für die komplizierte Aufgabe der Verwirklichung des Volkswillens innerhalb der Staatsorganisation (2).

Zu den R e c h t e n d e s e i n z e l n e n äußert sich Sarwey nur allgemein. Vorstaatliche und vom Staat unbedingt zu respektierende Einzelrechte werden abgelehnt.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 39

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 39

Das Einzelinteresse und seine freie Entfaltung sind in der allgemeinen Gesetzgebung verwirklicht, ohne daß es einer besonderen Formulierung bedarf (1).

Der Verfassungsstaat dient nicht in erster Linie dem Einzelinteresse, sondern dem öffentlichen Interesse. Das Einzelinteresse findet insoweit Berücksichtigung, als es mit dem öffentlichen Interesse zusammenfällt. Der konstitutionelle Verfassungsstaat ist insofern Rechtsstaat, als er ihn institutionell garantiert (2).

Sarweys Lehren und seine konstitutionelle Staatstheorie erschienen voraussetzungslos ohne eine ausführliche Darstellung der ihr historisch vorausgegangenen liberalen und konservativen Staatslehren. Auch die Kritik Sarweys an beiden Staatsauffassungen, auf die im Anschluß daran noch einzugehen ist, blieb unverständlich.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 119

(2) Ellwein, S. 19

II. Der vernunftrechtlich-abstrakte, liberale Staatsbegriff und sein Wandel

1. Ausgangspunkte liberalen Staatsdenkens

Die liberale Staatslehre hat, wie der Liberalismus, ihren geistigen Ursprung im Rationalismus der Aufklärung. Nach der Definition Kants ist Aufklärung "der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschliebung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines anderen zu bedienen " (1).

Da die liberale Bewegung das Erbe der Aufklärung in sich trägt, ist sie ebensowenig einheitlich und geschlossen wie diese. In ihr werden eine Vielzahl von Strömungen

(1) Kant zitiert bei Ellwein, S. 16

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTEN LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST. NEW YORK 10017

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTEN LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST. NEW YORK 10017

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTEN LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST. NEW YORK 10017

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTEN LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST. NEW YORK 10017

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTEN LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST. NEW YORK 10017

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTEN LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST. NEW YORK 10017

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTEN LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST. NEW YORK 10017

wirksam und sichtbar: Auf sie "haben der Dogmatismus des reinen Vernunftsrechts und seine mechanische Staatslehre ebenso eingewirkt, wie die Tendenzen der pragmatischen Geschichtsschreibung, die Rousseau'sche Auffassung von der Autonomie der Persönlichkeit ebenso wie das historisch-genetische Denken mit seinem konkreten Persönlichkeitsbegriff und der hier wieder erweckten Vorstellung vom Staat als Organismus; (1).

Auch der Staatsbegriff der deutschen Liberalen wurzelt gleichermaßen in der rationalistischen Naturrechtslehre und Kants Vernunftrecht a priori. Beide sind Ausgangspunkte und Denkansatz liberalen Staatsdenkens.

a) Die Grundannahmen der rationalistischen
Naturrechtslehre

N a t u r r e c h t ist das in der Natur des Menschen begründete von Zeit und Ort ebenso wie von jeder menschlichen Rechtsetzung

(1) Ellwein, S. 16

unabhängige Recht. Es erhebt den Anspruch über dem positiven, geschichtlich gewordenen und daher einen ständigen Wandel unterworfenen Recht zu stehen.

Ein Naturrecht (nomos und lex aeterna) gibt es zwar bereits in der Antike bei Platon und im Mittelalter in der Scholastik bei Thomas von Aquin. Diesem Naturrecht lag jedoch eine metaphysische Bindung zugrunde (1). Das neue Naturrecht ist demgegenüber rationalistisch, also vernunftbestimmt (2). Auch der Staat ist nicht mehr göttlichen Ursprungs, sondern das Ergebnis eines menschlichen Übereinkommens. Nach Rousseaus Lehre vom "Gesellschaftsvertrag aller freien und vernünftigen Menschen" wird der Staat zu einem Vertrag auf Unterwerfung erklärt (3). Wenn der Staat Objekt eines Vertrages ist, wird gleichzeitig das Recht zum Primären gegenüber dem Staat. Der Staat ist ein Produkt des Rechts-

(1) Ellwein, S. 13

(2) Planitz-Eckhardt, S. 300;

Böckenförde, Gesetz, S. 20

(3) Ellwein, S. 13; Planitz-Eckhardt, S. 301

In der r a t i o n a l i s t i s c h e n
N a t u r r e c h t s l e h r e lasen sich
vier Elemente unterscheiden (1) :

1. die Annahme, daß sich das gesellschaftliche Leben aus lauter einzelnen zusammensetzt, der Staat aus einer vertraglichen oder vertragsähnlichen Übereinkunft aller als ein mit Herrschaftsgewalt ausgestatteter Zweckverband hervorgegangen sei. Dieses "Zivilverhältnis", verstanden als gesellschaftliche Verbundenheit des Menschen im Sinne des "Gesellschaftsvertrages" setzt einen vernünftigen Vertragswillen voraus und schließt auch das Recht auf Kündbarkeit ein.

2. Der Glaube an die Macht verstandesmäßiger Konstruktion Einzig das verstandesmäßig Erzeugte ist das Erkennbare; es muß aus seinen Elementen und Gründen logisch nachbildbar sein (2). Deutlich wird hier der Einfluß eines mathematischen Denkens mit einer Vorliebe für die Konstruk-

(1) So Bloch, S. 69

(2) Bloch, S. 70

tion und Logik. Das zeigt sich, wenn sich Hobbes die resolute und kompositive Methode der Bewegungslehre Gallileis ausdrücklich zu eigen macht (1).

Diesen denkerischen Vorgang schildert Bloch einleuchtend: "Vom fertigen Staatsganzen wird also analytisch auf die Triebbestimmtheit und Zweckratio der staatsbildenden Einzelwillen zurückgegangen, um aus den Konstitutionselementen den Staat in methodischer Reinheit aufzubauen, die gegebenenfalls verworrene Empirie an dieser Reinheit zu messen" (2).

3. die Idee mechanischer Natur als Grund, an der sich auch das Recht als ein Naturgerechtes von besonderer Konstanz erweist. Aus wenigen allgemeinsten Grundsätzen wird im Wege der Deduktion ein System vermeintlich allgemeingültiger Rechtsnormen abgeleitet (3).

(1) Hobbes, De corpore, Kap. 6, I

(2) Bloch, S. 70

(3) Bloch, S. 71

4. ein ästhetisch-sentimentales Naturideal, wie es insbesondere bei Rousseau zum Ausdruck kommt. Sein "Zurück zur Natur" bedeutet ein "contra" zu höfischer Künstlichkeit, ein Suchen nach natürlicher, unverdorbener Ursprünglichkeit. Es ist das revolutionäre Prinzip der Aufklärung, hat aber in der Staatslehre nur untergeordnete Bedeutung (1).

Die Staatslehre übernimmt die ersten drei Elemente und entwickelt diese zur sogenannten *v e r n u n f t r e c h t l i c h e n* *M e t h o d e*. Heraufgeführt von Hobbes und Spinoza wird sie von Leibniz, Pufendorf und Christian Wolff endgültig gestaltet (2). Der Wolffianer Baumgarten (3) umreißt diese Methode prägnant mit dem Satz: "Scienti est certa deductio e certis".

Diese Methode hat sieben Merkmale (4):

(1) Bloch, S. 72/73

(2) Böckenförde, S. 67

(3) Baumgarten, *Philosophia generalis*, § 21
zit. bei Bloch, S. 71

(4) Böckenförde, S. 67-71

1. Der formalen Logik fällt die bestimmende Rolle zu. Sie soll Begriffsinhalte konstruktiv erschaffen und sie durch diese konstruktive Tätigkeit begründen. Dabei hofft man, die letzten Gründe eines Dinges zu erforschen und so zu kausalen, genetischen Definitionen zu gelangen.

2. Die letzten Gründe haben den Charakter evidenter oder gesetzter Hypothesen, die als Kategorien der Vernunft angesehen werden. Wie in der Mathematik wird axiomatisch und deduktiv vorgegangen. Anhand leitender Zweckvorstellungen werden mathematisch-rational alle theoretischen Erkenntnisse gewonnen, ganz gleich, ob sie der Wirklichkeit oder der Erfahrung entsprechen.

3. Die Methode hat analytisch-synthetischen Charakter, der sich unmittelbar auf Gallilei zurückführen läßt. Das Ganze wird in seine Teile zerlegt und erst nach Ermittlung der inneren Gesetzmäßigkeit und Struktur wieder zusammengefügt.

The first part of the report deals with the general situation of the country and the position of the various groups. It is a very interesting and informative study of the country and its people. The second part of the report deals with the economic situation and the position of the various groups. It is a very interesting and informative study of the country and its people.

The third part of the report deals with the social situation and the position of the various groups. It is a very interesting and informative study of the country and its people. The fourth part of the report deals with the political situation and the position of the various groups. It is a very interesting and informative study of the country and its people.

The fifth part of the report deals with the cultural situation and the position of the various groups. It is a very interesting and informative study of the country and its people. The sixth part of the report deals with the religious situation and the position of the various groups. It is a very interesting and informative study of the country and its people.

4. Von dem naturrechtlichen Denken unterscheidet sich die vernunftrechtliche Methode durch eine doppelte Abstraktion: durch die Betonung der Theorie unter Vernachlässigung der geschichtlichen Gegebenheiten und durch die Betonung der rationalen Wissenschaften, wie Mathematik und Logik, unter Absehen von jeder geschichtlich gewachsenen Gegebenheit und Ablehnung emotionaler Gemütswerte (1). Gemeinsam bleibt, daß sie wie Logik und Mathematik für alle Zeiten und Völker gelten wollen, mit einem Absolutheitsanspruch auch ohne allseitige Anerkennung, ganz im Gegensatz zum positiven Recht, das zu seiner Gültigkeit der Zustimmung aller bedarf.

5. Sie betreibt ein unbewußtes Zweckdenken, das aus der logisch-genetischen Begriffsbildung und der Anwendung des mathematisch-deduktiven Verfahrens, sowie der analytisch-konstruktiven Behandlung aller Phänomene folgt. Das Denken orientiert sich deshalb an dem, was vernünftig und sachgemäß ist.

(1) Ritter, Philosophie, S. 68 f.

6. Die Orientierung an der vorgegebenen Wirklichkeit tritt zurück. Das vernunftrechtliche Denken ist rationalistisch-prinzipiell und deduktiv. Seine Grundlage ist eine dualistische Weltansicht (1).

7. Die Staatslehre entwickelt ein theoretisch-deduktives System mit formalen, logisch sicheren Einteilungen. Die staatliche Wirklichkeit und das geltende Verfassungsrecht bleiben weitgehend außer acht. Dadurch sollen allgemeingültige und unanfechtbare Aussagen über den Staat und das Staatsrecht erzielt werden.

b) Kants Vernunftrecht a priori

Erst Kants Kritizismus zieht den Erkenntniswert der analytisch-synthetischen Methode in Zweifel, indem er das Naturrecht auf die sittlich gesetzgebende Vernunft gründet. Das Vernunftrecht a priori bezieht das Deduktionsprinzip in die Deduktion selbst ein. Es unterbaut den naturrecht-

(1) Schnabel, Geschichte Bd. 2, S. 106, 107

lichen Bestimmungsgrund in einem Grundsatz a priori: jeder empirische Bestimmungsgrund entfällt, der formal-logische Bestimmungsrahmen des Rechts wird in der Konsequenz gleichgültig gegen seinen Inhalt. Der Grundsatz a priori ist für die Rechtslehre nach Kant (1): "Freiheit (Unabhängigkeit von einem anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ... dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht

Kant läßt die Idee des Staatsvertrages nur "für das Urteil des Gesetzgebers, nicht des Untertans" (2) gelten. Er entwickelt den Staat rein der Idee nach als Institution des Rechts, ohne Bezug auf die geschichtliche und soziale Wirklichkeit (3). Der Staatsvertrag wird zu einer regulativen Idee. Damit

(1) Kant, Rechtslehre, S. 43

(2) Kant, Rechtslehre. S. 142

(3) Böckenförde, S. 95

wird der zivilistische Standpunkt des Naturrechts verlassen. Kant definiert: " R e c h t ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingungen ihrer Zustimmung mit jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetz möglich ist, ... das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äußeren Gesetze, welche eine solche Zustimmung möglich machen" (1).

Verwirklicht wird das Recht vom Staat. Der Staat ist nur ein Mittel zum Zweck: "Ein S t a a t ist die Vereinigung einer Menge unter Rechtsgesetzen" (2). Zweck des Staates ist allein die Verwirklichung des Rechts, das die Freiheit und Sicherheit des Individuums garantiert. Ein Rechtssystem, das auf Prinzipien beruht, die über die wahrnehmbare Erscheinungsform hinausgehen, also von den empirischen Merkmalen absieht, und seinen Handlungsrahmen in der Verwirklichung des Gesetzes sieht, heißt in der

(1) Kant, a.a.O., S. 322

(2) Kant, a.a.O., S. 135

Folge R e c h t s s t a a t . "Nicht Macht und Wohlfahrt sollten der oberste Zweck des Staates sein, wie der Absolutismus der Könige und die Diktatur der Jakobiner gewollt hatten, sondern die Verwirklichung des Rechts" (1). Mit der Formulierung dieses Gedankens wird Kant der führende Vertreter des bürgerlich-rechtsstaatlichen Denkens in Deutschland.

In dem auf das Recht basierenden Staat Kants ist die Staatsgewalt gegliedert: "Ein jeder Staat erhält drei Gewalten in dreifacher Person: die Herrschergewalt (Souveränität) in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt in der des Regierers (zufolge dem Gesetz) und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen nach dem Gesetz) in der Person des Richters" (2).

Die Rolle der Gewalten sieht Kant aufeinander zugeordnet. Eine Gewaltenteilung im strengen Sinne liegt nicht vor. Kant befürwortet

(1) Kant, Rechtslehre, S. 141

(2) Kant, a.a.O. S. 135

eine Gewaltengliederung. Der Zusammenhalt der Gewalten wird durch das geltende Recht in seiner Allgemeinverbindlichkeit herbeigeführt (1).

So hat Kant das Problem der Gewaltengliederung, Selbständigkeit der funktionellen Gewalten einerseits, Einheit der Staatsgewalt andererseits, bereits gesehen und zu lösen versucht (2). Es ist deshalb nicht unberechtigt, in ihm den Begründer "eines Konstitutionalismus aus dem Zusammenhang der praktischen Vernunft" zu sehen (3).

2. Der Staatsbegriff bei einzelnen Staatsdenkern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (Aretin, Jordan, Rotteck, Welcker, Mohl)

Das liberale Staatsbild ist in sich nicht geschlossen. In ihm werden eine Vielfalt von Strömungen und eine Vielzahl von Ansichten sichtbar, die von einer rein

(1) Kant, a. a. O. S. 141

(2) Böckenförde, Gesetz S. 99

(3) Schnabel, Bd.I, S. 289;

Böckenförde, Gesetz S. 99

rationalen Konstruktion des Staates bis zu seiner politisch-philosophischen Rechtfertigung reichen. Die vergleichende Analyse der Staatsdefinitionen liberaler Staatsdenker zeigt jedoch, daß neben den spezifischen Unterschieden zwischen ihnen eine innere Übereinstimmung besteht: die Sicherung der Freiheit des einzelnen im Staat durch eine Rechtsordnung.

a) Die rechtliche Begründung des Staates

Bei allen Definitionen liberaler Staatsdenker bleibt der Einfluß der Kant'schen Staatsdefinition wirksam: "Ein Staat ist die Vereinigung einer Menge unter Rechtsgesetzen " (1)

A r e t i n definiert ihn so: "Der Staat ist eine Vereinigung von freien Menschen zu allseitigem Genuß eines festen Rechtszustandes" (2). J o r d a n formuliert: "Unter Staat ist ein rechtlicher Verein zur Begründung der Herrschaft des

(1) Kant, Rechtslehre, S. 135

(2) v. Aretin, Staatsrecht, S. 1

Rechtsgesetzes zu verstehen (1).

W e l c k e r sieht den Staat als "Verein, der die rechtliche Freiheit erstrebt" (2)

und R o t t e c k bestimmt den Staat als die Anstalt, welche das Recht beschütze und handhabe....." (3) und sieht in ihm die rechtliche Vereinigung von einzelnen zum Zwecke der Realisierung der Staatsidee (4).

Für M o h l hat der Staat die Aufgaben des Rechtsschutzes und der subsidiären Wohlfahrtsförderung (5)

In allen Zitaten wird, läßt man einmal in diesem Zusammenhang nicht notwendige spezifische Unterschiede außer acht, eine innere Übereinstimmung sichtbar. Es ist kein

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, Bd.I, S. 1

(2) Welcker, Staatslexikon, Art. Staatsverfassung, Bd. 12, S. 377

(3) v. Rotteck, Staatslexikon, Art. Naturrecht, Bd. 2, S. 166 ff

(4) v. Rotteck, Vernunftrecht, Bd. 2, S. 53

(5) v. Mohl, Staatsrecht, Bd. 1, S. 6-9;

Angermann, S. 462 ff

Zufall, wenn überall die Grundannahme der Kant'schen Staatsphilosophie hervortritt, Aufgabe des Staates sei es, die Freiheit des einzelnen wie der Gesamtheit durch das Recht harmonisch zu vermitteln.

Denn das Staatsrecht und die allgemeine Staatslehre werden stark von der zeitgenössischen Philosophie, Politik und Geschichte beeinflußt. Bei R o t t e c k zeigt sich der Einfluß des Naturrechtes bei der Herleitung des Staatsbegriffes: "Die Natur selbst durch instinktartiges Gefühl und durch nächstliegendes Bedürfnis führt den Menschen zur Vereinbarung mit anderen; die Sentimentalität gibt derselben eine edlere Weihe und ein rechtliches Band sanctionirt und befestigt sie" (1). Die uneingeschränkte Selbstliebe des natürlichen Menschen, sein sinnliches Wesen, verlangt eine vernünftige Regel für sein Zusammenleben mit anderen. Diese Regel entwickelt Rotteck rein deduktiv aus Vernunftssätzen a priori:

(1) v. Rotteck, Staatslexikon, Art. Naturrecht, Bd. 2, S. 166 ff.

Natur und Vernunftrecht haben ihre Aufgabe darin "zu zeigen, wie die größtmögliche Freiheit aller möglich sei" (1).

Bei M o h l wird der Einfluß der Philosophie sichtbar: "Jede Rechtsfrage, welche von praktischer Bedeutung geworden ist, muß im Staat ihre positive Lösung finden. Ist daher die ganze Reihe der schriftlichen Normen und der sich an sie anschließenden und auf sie gegründeten Gewohnheitsrechte und Analogien ohne Anwendbarkeit auf einen konkreten Fall, so bleibt nichts übrig, als zu dessen Entscheidung nach den Grundsätzen des philosophischen Rechts zu schreiten, also denjenigen Rechtssätzen, welche sich unmittelbar aus höchsten Vernunftsprincipien und nicht aus willkürlicher Satzung ergeben" (2). Das philosophische Staatsrecht wird zum "Gewissen" der allgemeinen Staatsrechtslehre.

(1) v. Rotteck, Staatslexikon, Art. Naturrecht, Bd. 2, S. 166 ff

(2) v. Mohl, Staatsrecht, Bd.1, S. 87/88

J o r d a n, der von einer vernunftrechtlichen Position gegen die historisch-naturphilosophische Staatsauffassung kämpft. betont die Rolle der Politik für den Staatsbegriff: "Die Politik im bezeichneten Sinne hat also den großen Streit zwischen der Philosophie und der Geschichte schiedsrichterlich auszugleichen und zu bestimmen, wie ein Staat den Anforderungen der Zeit, das ist den wirklich bestehenden Verhältnissen und herrschenden Ansichten der Philosophie gemäß wirklich einzurichten sei, damit er dem Zwecke seines Daseins auf die möglichste Art entspreche..... Die Politik muß daher mit der Geschichte ebenso wie mit der Philosophie ...innigst vertraut sein.... denn aus der Geschichte hat sie den Stoff und aus der Vernunft die diesen ordnende Regel zu nehmen" (1).

Dabei kommt Jordan zu einer überraschenden Feststellung: " Zwei Grundansichten beherrschen das allgemeine Staatsrecht, die materialistische und die rationalistische, und

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S. 13

ihre Quellen, die Materie (der physische Stoff) und die Vernunft (das Göttliche im Menschen). Sie werden im Gebiete der Jurisprudenz als die historische und philosophische bezeichnet, wie sie im Gebiete der Religion als positiver Offenbarungsglauben und als Vernunftsglauben einander entgegentreten; sie verhalten sich zueinander wie die Materie zum Geiste, die Erfahrung zur Vernunft, die Geschichte zur Philosophie, die Praxis zur Theorie oder das Leben zur Wissenschaft" (1).

Zwischen den Gegensätzen von Revolutions- und Reaktionssystem soll die Politik vermitteln, den Friedensbund zwischen Geschichte und Philosophie stiften. Von diesem Standpunkt her ist es verständlich, daß der Staat nicht als wirklicher Staat, sondern als Idee Gegenstand der Überlegungen ist.

Jordan begründet das wie folgt: "Das allgemeine Staatsrecht, darum mit Recht so genannt,

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S. 3

weil es aus einer allen Menschen gemeinschaftlichen, also wahrhaft allgemeinen Quelle, der Vernunft, schöpft und weil dessen Lehren aus diesem Grunde auch auf allgemeinere Anerkennung Anspruch machen, ist nicht mit der Philosophie des positiven Staatsrechts zu verwechseln, welches nachweist, ob und inwiefern die positiven Normen eines wirklichen Staats dem Vernunftrechte entsprechend seien, und bildet übrigens keinen Gegensatz von dem positiven Staatsrechte, da überhaupt nichts von dem zur positiven Norm erhoben werden darf, was der Vernunft widerstreitet, vielmehr die wirklichen Staaten vernunftgemäß eingerichtet werden sollen ..." (1)

Bestimmungsgrund des wirklich vorhandenen Staates ist die Idee des Staates. Deren Wesen liegt "in dem Dasein (einer) unbedingten äußern Gewalt zum Zwecke der Begründung und Erhaltung der absoluten Herrschaft des Rechtsgesetzes auf Erden" (2).

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S.4

(2) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S. 57

Auch Welcker versucht zwischen Geschichte und Philosophie zu vermitteln. Abweichend von Jordan, der noch aus einer ungebrochenen vernunftrechtlichen Position argumentiert, ist für ihn nicht die philosophisch-aprioristische und synthetisch-konstruierende Methode, sondern eine historisch-philosophische oder objektive Theorie bestimmend. Diese kann nur "anthropologisch, historisch, analytisch entwickelnd" sein, die "vom objektiv gegebenen, vom zusammengesetzten Staatsleben ausgeht, und durch Auflösung und Vergleichung, durch logische Zurückführung auf das zugrundeliegende Allgemeine.... die naturgesetzlichen und historischen Grundgesetze, sowie die anerkannten Vernunftsideen und Zwecke der Völker sucht" (1). Welcker führt die Geschichte, also ein empirisches Element, in den Staatsbegriff ein, ohne freilich auf die vernunftrechtliche Methode zu verzichten.

(1) Welcker, zit. bei Zehntner, S. 72

Welcker, Staatslexikon, Bd. 6, Art. Gesetz, S. 735 ff

Die Staatsdefinitionen zeigen insofern eine Entwicklung, als sie sich von einer abstrakten theoretischen Begrifflichkeit hin zu einer am menschlichen Leben orientierten Bildhaftigkeit mit praktischen Zügen wandeln.

Bei R o t t e c k ist der Staat noch Rechtsanstalt: "Anstalt, welche das Recht beschütze und handhabe" (1). Bei J o r d a n und A r e t i n ist der Staat zwar auch ein "rechtlicher Verein" (2), doch werden andere konkretere Begriffe wie "freie Menschen" und "bestimmter Landesbezirk" in die Definitionen mitaufgenommen. W e l c k e r führt den Begriff des Volkes ein, wenn er formuliert: "Der Staat ist der moralisch, -persönliche, lebendige freie Gesellschaftsverein eines Volkes" (3). Die Betonung der Rolle der Gesellschaft zeigt aber, daß Welcker innerhalb der typischen Staatsvorstellung der vormärzlichen Liberalen bleibt. Weiter von dem mechanischen-abstrakten Staatsbegriff entfernt

(1) v. Rotteck, Staatslexikon, Bd.2, Art. Naturrecht, S. 166

(2) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S. 1

(3) Welcker, Staatslexikon, Bd.12, Art. Staatsverfassung, S. 377

sich M o h l: "Der Staat ist ein dauernder einheitlicher Organismus derjenigen Einrichtungen, welche geleitet durch einen Gesamtwillen, sowie aufrechterhalten und durchgeführt durch eine Gesamtkraft die Aufgabe haben, die jeweiligen erlaubten Lebenszwecke eines bestimmten und räumlich abgeschlossenen Volkes, und zwar vom Einzelnen bis zur Gesellschaft, zu fördern, soweit von dem Betreffenden dieselben nicht mit eigenen Kräften befriedigt werden können und sie Gegenstand eines gemeinsamen Bedürfnisses sind (1).

Das Verhältnis von Individuum, Gesellschaft und Staat wird also durch den Subsidiaritätsgrundsatz bestimmt: der Staat greift nur ein, wenn der einzelne oder die Gesellschaft allein versagen.

Neu ist die o r g a n i s c h e Staatsauffassung. Sie ist für die weitere Entwicklung der liberalen Staatstheorie von

(1) v. Mohl, Enzyklopädie, S. 71

entscheidender Bedeutung, denn sie begreift den Staat als eingenständige Einheit, die uranfänglich mit der sozialen Existenz des Menschen gegeben und in diesem Sinne daseinsnotwendig ist und überwindet damit den Dualismus im Staatsbild der Liberalen. (1) Dem einzelnen kommt die Stellung eines mitbestimmten Gliedes im Staat zu. Das Hauptwerk der liberalen organischen Staatslehre,

A h r e n s "Organische Staatslehre auf philosophisch-anthropologischer Grundlage", erschien zwar erst 1850, aber schon vorher hatte D a h l m a n n ausgeführt: "Der Staat ist keine Erfindung..., keine Maschine, kein aus einem frei aufgegebenen Naturleben hervorspringendes Vertragwerk", sondern "eine ursprüngliche Ordnung... etwas Zusammen gewachsenes, eine leiblich und geistig geeinigte Persönlichkeit" (2).

Der Staatsbegriff ist so zwar unzweifelhaft

(1) Huber, Verfassungsgeschichte, II, S. 375

(2) Dahlmann, Politik, S. 3/4

individualistisch beeinflußt, bleibt aber nicht Ausdruck des reinen Individualismus (1). Das zeigt die Definition A 1 - b r e c h t s: "Wir denken uns heute den Staat nicht als eine Verbindung von Menschen, die lediglich und unmittelbar für individuelle Zwecke und Interessen derselben... bezeichnet ist, sondern als ein Gemeinwesen, ... eine Anstalt ..., die keineswegs bloß die Summe individueller Interessen ..., sondern ein höheres, allgemeines Interesse bildet ..." (2).

Die instrumentale Auffassung vom Staat als der Institution, die allein dem Recht der einzelnen zu dienen hat, war damit überwunden.

b) Inhalt des Staatsbegriffs

Für die Liberalen stand aufgrund ihrer geistigen Herkunft fest, daß das Recht dem Staat vorgegeben ist.

(1) Höhn, "Der individualistische Staatsbegriff ... und die juristische Staatsperson" zit. be

Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 376

(2) Rezension, Göttinger Gelehrte Anzeigen 1837, S. 1491 ff.

R o t t e c k drückt das so aus: "Die Gutdenkenden, die moralisch und rechtlich Gesinnten werden alle eifrigst beflissen sein, die Anstalt, welche das Recht beschütze und handhabe, ins Leben zu rufen, d.h. also den Staat zu gründen, der damit seine Autorität, das Recht, nicht eben schaffe oder gültig mache, denn solches ist schon v o r d e m S t a a t, wohl aber zu allgemeineren und tatsächlichen Anerkennung, überhaupt zur gesicherten Geltung bringe" (1)

Damit war gesagt, daß der Staat Vertragscharakter hat und durch ein Übereinkommen von Menschen entsteht.

Ähnlich argumentiert W e l c k e r :

"Durch Übereinkunft und Verständigung, nicht durch Ableitung entsteht das objektive Recht, so wird der Staat zum Rechtsstaat (2).

(1) v. Rotteck, Staatslexikon, Bd.2, Art. Naturrecht, S. 166

(2) Welcker, Staatslexikon, Bd.6, Art. Gesetz, S. 736

A r e t i n führt aus, der Staat gründe sich auf einen S t a a t s v e r t r a g, in dem das Volk sogleich im Augenblick des Zusammentretens zum Staat, die Machtvollkommenheit in die Hand des Fürsten niederlege (1). Die Grundlagen dieses Staatsvertrages: Freiheit, Gleichheit und ihre Bürgschaften gelten als durch unwandelbare Rechtsgründe a priori bestimmt.

Auch J o r d a n sieht die "Vernunftvorstellung von dem möglichst vollkommenen Verwirklichtsein der ursprünglichen Gleichheit der Menschen in allen sie gegenseitig berührenden Verhältnissen" (2) als W e s e n d e s V e r t r a g e s an. Demgemäß ist nach seiner Ansicht bei der Beurteilung eines Staates auf zweierlei zu achten:

"1. auf die E n t s t e h u n g s a r t eines wirklichen Staates, wie nämlich diese

(1) v. Aretin, Staatsrecht, Bd. 1, S. 155

(2) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S. 36

beschaffen sein müsse, um der Idee des Staates zu entsprechen, um also rechtlich zu sein (rechtlicher Entstehungsgrund oder formeller äußerer Rechtsgrund des Staates) und

2. auf dessen i n n e r e E i n r i c h -
t u n g , welche Beschaffenheit nämlich diese wesentlich haben müsse, damit der Staat selbst vor der Vernunft bestehen könne (materieller innerer Rechtsgrund des Staates)" (1).

Formeller Rechtsgrund des Staates ist der sogenannte Staatsvertrag. S t a a t s -
z w e c k ist die Garantie der Freiheit des Individuums durch Schaffung einer staatlichen Rechtsordnung.

Der Staatsvertrag setzt Einigkeit über den inneren, materiellen Rechtsgrund des Staats voraus. Der Zweck des wirklichen Staats ist nach Jordan die Verwirklichung seiner

(1) Jordan, a.a.O. S. 89

Idee. Der Staat ist "für die Staatsgewalt eine Rechtsanstalt, für seine einzelnen Genossen zugleich ein Institut zur Begründung und Förderung ihrer zeitlichen Wohlfahrt und zur Verfolgung ihrer höheren Bestimmung, und für das Menschengeschlecht eine Erziehungsanstalt; ist also sein unmittelbarer Zweck das Recht, so ist sein Endzweck aber, Mittel zu sein für die Selbstzwecke der Menschen, für Schule und Kirche, und dadurch für die Erziehung der Menschheit (1)".

Jordan sieht zwar den primären Zweck des Staates in der Wahrung und Verwirklichung der Rechtsordnung, doch wird darüber hinaus ein universaler und metajuristischer Anspruch deutlich, wenn vom Staat als der "Erziehungsanstalt der Menschheit" die Rede ist.

Das gleiche Moment zeigt sich bei Welcker. Staatszweck ist der allgemeine Menschenzweck (2). Der Staat hat helfend und stützend einzu-

(1) Jordan, a.a.O., S. 141

(2) Welcker, zit. bei Zehntner, S. 79

greifen, wenn der einzelne allein seinen Aufgaben nicht gewachsen ist. Für den Menschen stellen sich zuvor nach Welckers Ansicht folgende Aufgaben:

1. die innere geistige Vollkommenheit oder Sittlichkeit,
2. eine ihr angemessene äußere Vollkommenheit oder Glückseligkeit,
3. die freitätige innere und äußere harmonische Vermittlung von beiden (1).

Dem Staat fällt die Aufgabe zu, den Menschen bei Erreichung dieser Ziele zu unterstützen.

A r e t i n bestimmt den Staatszweck nüchterner: "Der Zweck des Staates, die möglichste Freiheit der Person und des Eigentums der Staatsbürger, läßt sich auf keine andere Art erreichen, als durch die Herrschaft des

(1) Welcker, zit. bei Zehntner, S. 79

Gesetzes. Diese ist also mit bürgerlicher Freiheit gleichbedeutend, und daher muß jede Gewalt im Staate unter dem Gesetze stehen" (1). Auch hier dient der Staat den Interessen der einzelnen Bürger, die freilich bei Aretin weniger pathetisch und moralisch gesehen werden.

Bei R o t t e c k ist der Staatszweck von vornherein begrenzt: "Der Zweck des Staates beschränkt sich auf den Schutz der verbliebenen natürlichen Rechte ..., der Machtsphäre des Staates sind entzogen die ursprünglichen Menschenrechte der Gleichheit und Freiheit und die aus ihnen ableitbaren Rechte" (2). Der Staatszweck (3) hat zum Inhalt die Herstellung des Rechtszustandes, die Bewirkung der Sicherheit

(1) v. Aretin, Staatsrecht, Bd. 1, S. 163

(2) v. Rotteck, zit. bei Zehntner, S. 66

(3) v. Rotteck, Vernunftrecht, S. 65

das gemeinschaftliche Erstreben aller allgemeinen Lebenszwecke, die so sicherer und leichter zu erreichen sind (Subsidiaritätsprinzip).

Der Staat erscheint als G e s e l l -
s c h a f t s g e w a l t mit Garantiefunk-
tionen.

Auch M o h l sieht die erste Aufgabe des Staates in der Wahrung des Rechts. Den Staatszweck schildert er folgendermaßen: "Das, was jeder im Volke will und erstrebt, muß natürlich auch der Wille der ganzen Gesellschaft sein und die Ordnung ihres Zusammenlebens, d. h. der Staat muß diesen Zweck nicht nur nicht hindern, sondern im Gegentheile fördern. Ein Rechtsstaat kann also keinen Zweck haben als den: das Zusammenwirken des Volkes so zu ordnen, daß jedes Mitglied desselben in der möglichst freien und allseitigen Übung und Benutzung seiner sämtlichen Kräfte unterstützt und gefördert werde. In was aber diese Unterstützung und Förderung zu bestehen hat, ist leicht einzusehen. Die Freiheit des

Bürgers ist bei dieser Lebensansicht der oberste Grundsatz; er selbst soll handeln und sich bewegen innerhalb der Gränzen der Vernunft und des Rechts; gerade eine selbständige Ausbildung ist sein Recht und seine Pflicht gegen sich selbst. Die Unterstützung des Staats kann daher nur negativer Art seyn, und blos in der Weckräumung solcher Hindernisse bestehen, deren Beseitigung den Kräften des Einzelnen zu schwer wäre ..." (1).

Neben den Schutz vor dem unrechten Willen anderer (Rechtsstaatlichkeit im formellen Sinne, Rechtsschutz) tritt als materielles Prinzip die subsidiäre Wohlfahrtsförderung (2).

In der Mohl'schen Argumentation zeigen sich dabei Ansätze einer deutschen Soziologie. Alle diese Versuche bleiben aber in einer bürgerlichen Gesellschaftstheorie stecken, ganz im Gegensatz zu der englisch-französischen soziologischen Tradition. Bei Mohl ist der

(1) v. Mohl, Polizeiwissenschaft, S. 7

(2) v. Mohl, Enzyklopädie, S. 324-326

Staat von dem gesellschaftlichen System der Bedürfnisse durchdrungen, er gibt jedoch seine staatliche Qualität nicht auf. Als Staat hat er "die Zwecke der Gesellschaft zu erfüllen und deren natürliche Unvollkommenheiten zu verbessern" (1). "So bleibt Moll ... ganz innerhalb des gesellschaftlichen Denkens; der Staat ist Abschluß und Instrument der Gesellschaft" (2).

c) Staatsform und Staatsgattung

Für die Inhaltsbestimmung des Staatsbegriffes war die Unterscheidung zwischen Staatsgattung und Staatsform entscheidend.

M o h l fordert: "Die Hauptsache bleibt freilich immer, daß für jeden Staat nur aus der Theorie derjenigen Staatsgattung und Staatsart argumentiert wird, welcher er angehört" (3).

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 180

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 180

(3) v. Mohl, Staatsrecht, S. 88

S t a a t s g a t t u n g e n sind nach Grundlage und Zweck, S t a a t s a r t e n der Form nach verschiedene Einrichtungen. Entsprechend unterscheidet Mohl für die konstitutionelle Monarchie Württembergs so: "Staatsgattung : Rechtsstaat; Staatsart oder Staatsform in dieser Gattung : Monarchie".

Er knüpft mit dieser Formel an eine ähnliche Formulierung Benjamin C o n s t a n t s an: "Entre la monarchie constitutionnelle et la republique, la différence est dans la forme. Entre la monarchie constitutionnelle et la monarchie absolue, la différence est dans le fond" (1).

Zweck und Grund der konstitutionellen Monarchie ist der Rechtsstaat. Diese Formulierung erscheint erstmalig im Jahre 1824 in Aretins und Rottecks "Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie" (2)

(1) Constant, zit. nach Prélot, Histoire, S.443

(2) v. Aretin, Staatsrecht, Bd.1, S. 1

(v. Rotteck hat nur die 2. Hälfte des 2. Bandes bearbeitet)

mit einem Hinweis auf die "Philosophischen Untersuchungen" des Kantianers Tieftrunk und wird in der Folge zum Zentralbegriff des liberalen Staatsrechts.

Die S t a a t s f o r m , in der sich der Staatszweck verwirklicht, ist die M o n a r c h i e . Sie ist konstitutionell und unterscheidet sich so nach der Formulierung Constants von der Republik nur der Form, dagegen von der absoluten Monarchie dem Grunde nach. Zweck der konstitutionellen Monarchie bleibt der Rechtsstaat, Herrschaft des Gesetzes unter der Form der Einherrschaft zur Sicherung der Freiheit aller Staatsbürger:

" C o n s t i t u t i o n e l l e s S y - s t e m ist die Bezeichnung einer eigenen durch wesentliche Charaktere von den anderen (Staatsverfassungen) unterschiedenen und - wiewohl selbst auch einer mannigfaltigen Gestalt empfänglichen Art - doch überall durch gleiche Wesenheit sich auszeichnenden Art der Staatsverfassung ... Das neue constitutionelle System aber hat zu seinem obersten Princip keineswegs nur die, wenn

auch edlen Zwecke, durch künstliche Einsetzungen verfolgende Politik, sondern ganz eigens das Recht ... Das constitutionelle System ist in der Theorie vollständig, in der Praxis wenigstens annähernd übereinstimmend mit dem System eines rein vernünftigen Staatsrechts, angewandt auf die überall factisch vorliegenden oder historisch gegebenen Verhältnisse" (1).

Die konstitutionelle Monarchie verwirklicht den Rechtsstaat, so "daß der konstitutionelle Staat eigentlich kein anderer ist, als der Rechtsstaat, nämlich derjenige, in welchem nach dem vernünftigen Gesamtwillen regiert und nur das allgemeine Beste bezweckt wird ... " (2).

Auch J o r d a n ist der Ansicht, daß sich die Staatsidee zwar unter verschiedenen Staatsformen verwirklichen läßt, in ihrer zeitgemäßen Form für die deutschen Völker

(1) v. Rotteck, Staatslexikon, Bd. 1, Art. Constitution, S. 522

(2) v. Aretin, Staatsrecht, Bd. 1, S. 163

die konstitutionelle Monarchie über die relativ beste Staatsform ist (1).

Die Staatsform stellt für die Liberalen also kein Problem mehr dar. Ihnen kam es mehr auf den Inhalt des Staates an, der für sie in der Verwirklichung der Rechtsordnung lag. Trotz der von ihnen eingenommenen vernunftrechtlichen Position, die die geschichtlich gewachsenen Institutionen nicht ohne weiteres anerkennen betrachteten die Liberalen die Monarchie als zeitgemäße Staatsform, sofern sie konstitutionell war.

3. Der Rechtsstaat als besondere Staatsgattung

A) Begriff

Das liberale Staatsbild ist in seinen Nuancen differenziert. Doch die gemeinsame Zielvorstellung bleibt der bürgerliche Rechtsstaat. Sein Zweck ist "die Verwirklichung des Rechts" (2).

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S. 141

(2) Kant, a.a.O., S. 141

The first part of the paper is devoted to a general discussion of the problem of the existence of solutions of the system of equations (1) for arbitrary values of the parameters α and β . It is shown that the system (1) has solutions for arbitrary values of the parameters α and β if and only if the condition $\alpha + \beta = 1$ is satisfied. In the case when $\alpha + \beta \neq 1$, the system (1) has no solutions. The second part of the paper is devoted to a detailed study of the properties of the solutions of the system (1) for arbitrary values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) are unique and depend continuously on the parameters α and β . The third part of the paper is devoted to a study of the asymptotic properties of the solutions of the system (1) for large values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) approach zero as the parameters α and β approach infinity.

The fourth part of the paper is devoted to a study of the properties of the solutions of the system (1) for small values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) approach zero as the parameters α and β approach zero. The fifth part of the paper is devoted to a study of the properties of the solutions of the system (1) for arbitrary values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) are unique and depend continuously on the parameters α and β . The sixth part of the paper is devoted to a study of the asymptotic properties of the solutions of the system (1) for large values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) approach zero as the parameters α and β approach infinity. The seventh part of the paper is devoted to a study of the properties of the solutions of the system (1) for small values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) approach zero as the parameters α and β approach zero. The eighth part of the paper is devoted to a study of the properties of the solutions of the system (1) for arbitrary values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) are unique and depend continuously on the parameters α and β . The ninth part of the paper is devoted to a study of the asymptotic properties of the solutions of the system (1) for large values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) approach zero as the parameters α and β approach infinity. The tenth part of the paper is devoted to a study of the properties of the solutions of the system (1) for small values of the parameters α and β . It is shown that the solutions of the system (1) approach zero as the parameters α and β approach zero.

Die Verwirklichung des Rechtes durch den Staat als sein Zweck findet sich in allen Staatsdefinitionen.

A r e t i n sieht im Staat die Vereinigung "zu allseitigem Genuß eines festen Rechtszustandes" (1).

J o r d a n nennt den Staat einen rechtlichen Verein "zur Begründung der Herrschaft des Rechtsgesetzes" (2).

W e l c k e r nimmt die "rechtliche Freiheit in seinen Staatsbegriff auf, während Rotteck verlangt, der Staat habe "durch seine Autorität das Recht ... zur gesicherten Geltung" zu bringen (3).

(1) v. Aretin, a.a.O., S. 1

(2) Jordan, a.a.O., S. 1

(3) Welcker, a.a.O., S. 377

M o h l spricht etwas unschärfer von den "jeweiligen erlaubten Lebenszwecken" (1), die der Staat zu fördern habe. Er meint damit das Gleiche, denn der erlaubte Lebenszweck ist der rechtlich garantierte Lebenszweck.

b) Die Staatsgewalt im Rechtsstaat

Die Staatsgewalt im liberalen Staat hat sich an ihrem Zweck, der Aufrichtung und Garantie des Rechtsstaates, auszurichten. Da dieser Staat konstitutionell ist, kann die Staatsgewalt nicht unbestimmt bleiben.

R o t t e c k formuliert: "Der oberste Satz in diesem System lautet folgendermaßen: Die Staatsgewalt ist eine Gesellschaftsgewalt, demnach eine von der Gesamtheit ausgehende und dieser Gesamtheit in der Idee fortwährend angehörige Gewalt ..." (2).

(1) v. Mohl, a. a. O., S. 87/88

(2) v. Rotteck, Staatslexikon, Bd.1, Art. Constitution, S. 523

Gesellschaft und Staat stehen zueinander in enger Beziehung. Die Staatsgewalt erscheint als Gesellschaftsgewalt mit Garantiefunktionen. Deutlich zeigt sich der Einfluß der vorrevolutionären französischen Staatsrechtslehre. Da die Staatsgewalt in das konstitutionelle System eingeordnet ist, bleibt der Rechtsstaatsgedanke vorherrschend.

A r e t i n bestimmt die Staatsgewalt so: "Die Staatsgewalt im Rechtsstaat ist diejenige Gewalt, die als zur Aufrechterhaltung der Herrschaft des Gesetzes nothwendig bei Errichtung des Staatsvertrages vom Volk an die Person übertragen wird, welcher aufgegeben ist, für jene Aufrechterhaltung des Gesetzeszustandes Sorge zu tragen. In der konstitutionellen Monarchie ist daher die Staatsgewalt diejenige Gewalt, die dem Monarchen zur Aufrechterhaltung des Gesetzeszustandes übertragen ist ..." (1).

(1) v. Aretin, Staatsrecht, Bd. 1 , S. 177

Für M o h l besteht die Staatsgewalt in der Befugnis, das Erforderliche zu tun. Ihre rechtliche Grundlage sind die Lebensanschauung und das Bedürfnis des Volkes (1). In dieser Begriffsbestimmung zeigt sich das mehr sachbezogene Denken Mohls, das sich stärker an den praktischen Erfordernissen des staatlichen Lebens ausrichtet (2).

aa) der Dualismus in der liberalen Staatstheorie

Die Einstellung des Liberalismus zum Staat bleibt vom Doppelstatus der Einzelperson bestimmt (3). Dieses geht von der Teilung der menschlichen Existenz in eine dem Staatsganzen zugewandte und in eine staatsfreie Sphäre aus. Die dem Staat zugewandte Seite **einiger** liberalen Theorien betont die Staatseinheit, die in der Person des Herrschers ihr Symbol findet (4) . Die staatsfreie Sphäre des

(1) v. Mohl, Geschichte, S. 107

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 188

(3) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 378

(4) Ellwein, S. 66

Einzelnen betont den Gegensatz zur Staatsgewalt. So widerstreben sich im einzelnen zwei Zielsetzungen: die Einheit und Ordnung des Staates und die Freiheit vom Staat (1).

Diese zwiespältige Haltung überträgt sich auf alle Gebiete, auf denen sich Individuum und Staat berühren, etwa auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, Regierung und Opposition und auf das der Volksvertretung zur Regierung. Dieses Verhältnis wird zwar dialektisch gesehen, gelangt aber nicht zu einer Synthese (2). So verharren viele Liberale in einer selbstgewählten Oppositionsrolle. Sie wollen nicht in erster Linie Freiheit im Staat, sondern Freiheit vom Staat. Der einzelne und sein Schutz stehen im Zentrum ihrer Erörterungen. Das wird beispielsweise deutlich bei der Bestimmung des Verhältnisses von Repräsentativversammlung und Regierung, zeigt sich aber auch bei der Neuordnung der übrigen Institutionen

(1) Ellwein, S. 66

(2) Ellwein, S. 66

entsprechend den liberalen Vorstellungen (1),
zumal die bestehende gerade nicht diesen
Vorstellungen entsprach.

Im Gegensatz zum absoluten Staat, dessen
Äußerungen vom Willen des Herrschers ab-
hängen und die infolgedessen undifferenziert
bleiben, will der liberale Rechtsstaat ein
v e r f a ß t e r S t a a t sein. Die
Verfassung soll den Rechtsstaat garantieren.
Das kommt in der Definition Welckers zum
Ausdruck: "Der Staat ist der souveräne,
moralisch-persönliche, lebendige Gesellschafts-
verein eines Volkes, welcher nach dem gemein-
schaftlichen Verfassungsgesetze im frei
constituierten Volkskörper unter Leitung einer
v e r f a s s u n g s m ä ß i g e n c o n -
s t i t u e l l e n selbständigen Regie-
rung, die rechtliche Freiheit und innerhalb
derselben die Bestimmung und dadurch die
Glückseligkeit aller Mitglieder erstrebt" (1).

(1) Welcker, Staatslexikon, Bd. 12,
Art. Staatsverfassung, S. 377

Durch die "Constitution" sollen die Äußerungen der Staatsgewalt institutionell kontrollierbar und berechenbar sein. Die Ordnung, nach der der Staat eingerichtet ist, wird deshalb in einer geschriebenen Verfassungs-urkunde niedergelegt.

In der Verfassung muß die Wahl einer **V o l k s v e r t r e t u n g** vorgesehen sein, die als Repräsentativkörperschaft an der staatlichen Willensbildung teilnimmt und die Kontrolle der Staatsgewalt sichert.

So führt **A r e t i n** aus, daß "das Volk im Augenblick des Zusammentretens zum Staate die Machtvollkommenheit des Gesamtvereins in die Hand des Fürsten niederlegt, und dieser, der Repräsentant, der sinnliche Vertreter der Souveränität geworden, welchem als solchem die Majestät zukömmt, welcher aber verpflichtet ist, in den wichtigsten Regierungsangelegenheiten die Einwilligung der Vom Volk erwählten Repräsentativversammlung einzuholen (1).

(1) v. Aretin, Staatsrecht, Bd. 1, S. 155

W e l c k e r sieht die Verwirklichung des Rechtsstaates ebenfalls nur gesichert, durch "eine diesem Volke oder einer dasselbe in Natur und Wahrheit vorstellende Repräsentation gegenüber der Regierung zu verleihende, solcher Idee entsprechende, d. h. die Herrschaft des wahren Gesamtwillens verbürgende Stellung ... Zwischen dieser Landes- und Volksrepräsentation und der aufgestellten Landesregierung muß eine solche Vertheilung der Gewalten oder ein solches Verhältnis der Tätigkeits- und Widerstandskräfte bestehen, daß dadurch, soviel irgend möglich, die Herrschaft des wahren, besonnenen und beharrenden Gesamtwillens verbürgt ... werde" (1).

J o r d a n schlägt eine Repräsentation mit Zweikammersystem vor, dann Kollegialgerichte, Instanzenzug, richterliche Unabhängigkeit, Öffentlichkeit der Verhandlung, in Strafsachen Schwurgerichte und eine unabhängige Anwaltschaft. Für alle Willensakte des Regenten fordert er Gegenzeichnung durch einen Minister

(1) Welcker, Staatslexikon, Bd.6, Art.
Gesetz, S. 735-738

und dessen persönliche Verantwortlichkeit. Außerdem muß die Zuständigkeit bei der Ausübung der materiellen Staatsgewalt verfassungsrechtlich festgelegt werden (1).

Seine Forderungen an die Staatsregierung faßt er wie folgt zusammen: "Da der Staat selbst nach seinem Endzwecke nur ein Mittel zur Erreichung der menschlichen Bestimmung ist, so muß auch die Güte der Staatsregierung danach bemessen werden, ob und inwiefern sie dem Staat wirklich zu einem solchen Mittel gestalte, als solches erhalten und fortbilde ... Sie soll die freie und geistige Tätigkeit der Staatsgenossen nirgends hemmen, sondern nur den Mißbrauch derselben verhindern, inwieweit es zur Aufrechterhaltung der rechtlichen Ordnung möglich ist, vielmehr sie zu beleben und in reger, kräftiger Lebendigkeit zu erhalten suchen; daher die ihr entgegenstehenden Hindernisse möglichst zu beseitigen trachten, und überhaupt ihr Streben dahin zu richten, sich . . .

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht

d. h. die Anwendung der Gewalt, den Zwang, immer mehr entbehrlich zu machen ..." (1)

Nach W e l c k e r besteht das Verfassungsgesetz des Rechtsstaates "in dem gemeinschaftlich frei anerkannten sittlichen Friedens- und Hülfes- oder Rechts- und Staatsgesetz ... Die Aufgabe der Verfassung ist es: sowohl das Verfassungsgesetz der Gesellschaft (Endzweck, Grundgesetz, Grundprincip), wie die Constitution der Gesellschaft im engeren Sinne (die Grund- oder Rechtsform, das constitutionelle Recht der Bürger und der Gesellschaftsorgane) festzustellen. Die Staatsverfassung im weiteren dagegen soll nur diese Verfassung oder soll ... durch verfassungsmäßiges Regieren (oder Vollziehen), Gesetze geben und Richten den Staatszweck im Leben verwirklichen..." (2).

Aus allen Zitaten wird deutlich, daß man mit dem Kampf um den liberalen Staat eine Konstitutionalisierung des Gegensatzes auf allen

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S.

(2) Welcker, Staatslexikon, Bd. 6, Art. Gesetz, S. 742

Gebieten erstrebt, auf denen sich einzelner und Staat begegnen.

Aus diesem negativen Verhältniß zum Staat heraus ist es verständlich, daß sich die Liberalen ständig in der Verteidigung befinden. Auch die Aufgabe der Volksvertretung wird aus diesem Blickwinkel gesehen. Das geht schon aus ihrer Aufgabenbestimmung etwa bei M o h l hervor: (1) " ... Verteidigung der sämtlichen Volksrechte gegen allenfallsige Angriffe der Regierung ist der Zweck der Ständerversammlung". Andererseits führt er aus: "Der Fürst soll daher in der repräsentativen Monarchie sämtliche Regierungsrechte ausüben ... (2). Von einem Mitregieren des Volkes, von der Teilnahme an der Staatsgewalt oder gar von Abtretung eines Teils derselben an das Volk, ist dabei gar keine Rede" (3).

(1) v. Mohl, Staatsrecht, Bd.1, S. 453 f-

(2) v. Mohl, zit. bei Ellwein, S. 74

(3) v. Mohl, zit. bei Ellwein, S. 74

Opposition wird mit wahrem Formalismus betrieben, etwa bei Welcker: "Ich hätte auch die ... Wahl wegen verschiedener Formmängel anfechten können und wäre dort nicht der Mann des Volksvertrauens gewählt worden, so würde ich diese Wahl für durchaus verwerflich erklärt haben" (1). In die gleiche Richtung gehörten Schlagworte wie: "Die Minister sind da, um angegriffen zu werden" oder "Jeder Minister ist als solcher verdächtig" (2).

Unter dem Eindruck der politischen Ereignisse zeigt sich dann allerdings eine Tendenz zur Mäßigung. Man verfolgt ein Prinzip ohne das andere auszuschließen, zum Beispiel: die Einheitlichkeit des Staates muß gewahrt werden gegen eine radikale Volksherrschaft, aber andererseits muß die Volkssouveränität gegen die totalen Ansprüche des Staates betont werden. Dabei drängt sich immer wieder

(1) Welcker, zit. bei Ellwein, S. 74

(2) Ellwein S. 69

die Frage auf, wie zwischen beiden eine Synthese gefunden werden soll, wie sich die Teilung der Staatsgewalt mit der richtig verstandenen Einheit des Staates verträgt (1). Der gemäßigte Liberalismus sah dann die Lösung dieses Problems nach 1848/49 in der Lokalisierung der Souveränität beim Staat und damit nicht beim Fürsten oder beim Volk.

Erste Ansätze zu einer Lösung zeigen sich bei Dahlmann, als er sich in der Öffentlichkeit zu einer starken staatlichen Finanzpolitik bekennt und damit der prinzipiellen Staatsfeindlichkeit eines ihrer lieb gewordenen Spielzeuge nimmt (2).

Dahlmann ist zwar Anhänger einer Gliederung der Staatsgewalt, besteht aber auch auf der Einheit der Regierungsgewalt. Den Parlamentarismus verwirft er als "Staatsauflösung"

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 377/78

(2) Ellwein, S. 70

in die Form der Verfassung gebracht" (1).
Dagegen soll das Staatsoberhaupt um der
Staatseinheit willen ein Vetorecht gegenüber
der Legislative haben. Der Bürger soll an
der Gesetzgebung beteiligt werden: "Was
hier den oberflächlichen Betrachter als eine
gefährliche Zersplitterung der Staatskräfte
einschüchtert, gerade das bedeutet für die
tiefer eindringende Einsicht einen Fort-
schritt zu ihrer innigen Verbindung". (2)
Eine Überwindung des Dualismus selbst
hat Dahlmann aber nicht gefunden.

Erst M o h l empfiehlt das parlamenta-
rische System als einzige Lösung des ewigen
Zwiespaltes zwischen Volksvertretung und
Regierung. Damit vollzieht er eine entschie-
dene Abkehr von der Gedankenwelt der übrigen
Liberalen. Er erkennt, daß deren Dualismus
unhaltbar ist, weil er zur Unterordnung der
Volksrepräsentation unter die Regierung füh-
ren muß. Dann "wird die Einheit der Staats-

(1) Dahlmann, zit. bei Huber, Verfassungsgesch.

(2) Dahlmann, Politik, S. 83 II, S. 379

gewalten um den Preis der Abneigung und Unzufriedenheit der Mehrzahl im Volk, nur allzu häufig selbst um Haß und Verachtung gegen die Regierung erkauft" (1).

Dagegen wird nach Mohls Ansicht das Problem gelöst, wenn die Regierung aus der Mehrheit der Volksvertretung kommt. Zwar werde dann "das Ministerium jedesmal im Sinne der Mehrheit der Volksvertretung zusammengesetzt" (2), so daß zwischen Regierung und Volksvertretung eine Einheit bestehe. Aber die Monarchie bleibe formell und tatsächlich erhalten. Voraussetzung dafür sei jedoch, "daß der Fürst die Leitung der Verwaltung im Sinne der jeweiligen Mehrheit der Volksvertretung als eine politische Notwendigkeit ansieht, und demnach nicht nur seine amtlichen Ratgeber wählt, sondern auch aufrichtig und ohne Hinterhalt nach deren Absicht regiert und regieren läßt" (3).

(1) v. Mohl, zit. bei Ellwein, S. 77

(2) v. Mohl, zit. bei Ellwein, S. 78

(3) v. Mohl, zit. bei Ellwein, S. 78

Immerhin soll die fürstliche Regierung "nicht nach der persönlichen Ansicht, sondern nach dem Programme der in der Mehrheit befindlichen politischen Partei geführt werden; und es kann und muß vorkommen, daß der Regent seine formelle Zustimmung zu Maßregeln gibt, welche ihm persönlich zuwider sind" (1).

Als besonderen Vorteil sieht Mohl, daß die Opposition an der Verantwortung beteiligt wird: "Eine Opposition in einem parlamentarischen System kann regieren, die von einem System der Corruption übriggelassene nimmermehr" (2).

Im Ergebnis ist festzustellen, daß Mohl die liberale Staatstheorie, wie sie etwa von Welcker und Rotteck vertreten wurde, nicht verwirft, sondern sie weiter ausbaut. Diese Erweiterung führt jedoch fort von

(1) v. Mohl, zit. bei Ellwein, S. 78

(2) v. Mohl, zit. bei Ellwein, S. 78

er bloßen Negation der Staatsgewalt hin zu einer Mitbestimmung und Beteiligung an ihr. Es zeigen sich Ansätze zu einer mehr empirischen Betrachtungsweise (1).

b) Verständnis uer Gewaltenteilung

Die Einstellung der Liberalen zur Gewaltenteilungslehre Montesquieus ist uneinheitlich. Zwar fand die ihr zugrundeliegende Tendenz, durch gegenseitiges Festhalten und gegenseitige Beschränkung der Staatsgewalten ein Gleichgewicht zu schaffen, durch das der einzelne Schutz gegenüber der sonst schrankenlosen Staatsallmacht finden sollte, allgemeine Zustimmung. Über die Form der Verwirklichung des Gleichgewichts war man sich aber nicht einig. Denn man sah sich dem Problem gegenüber, die Staatsgewalt zwar im Interesse der bürgerlichen Freiheit zu teilen, andererseits aber die Einheit des Staates wahren zu müssen. Man wollte einer-

1) Böckenförde, Gesetz, S. 188

1. The first part of the paper is devoted to a discussion of the

main results of the theory of the

generalized functions

and the second part to a discussion of the

applications of the theory to the

theory of the

generalized functions

and the second part to a discussion of the

applications of the theory to the

theory of the

generalized functions

and the second part to a discussion of the

applications of the theory to the

theory of the

generalized functions

and the second part to a discussion of the

applications of the theory to the

theory of the

generalized functions

and the second part to a discussion of the

applications of the theory to the

seits das Wohl des Einzelnen und seine vorstaatlichen Rechte sichern, andererseits erkennen man auch das Eigenrecht der Gemeinschaft an (1). Dieser Zwiespalt wird in den Stellungnahmen liberaler Staatsdenker zur Gewaltenteilung deutlich.

A r e t i n lehnt die Gewaltendreiteilung als verfassungsorganisatorisches Prinzip überhaupt ab: "Gewalt kann nicht getrennt werden, denn Gewalt heißt Wille verbunden mit Macht. Keines von diesen beiden Elementen darf fehlen ..." (2). Eine Dreiteilung müßte die Einheit der Staatsgewalt gefährden. Er folgt hier S i e y è s, der sagt: "Einheit der Gewalt ist Despotie, Trennung der Gewalt ist Anarchie. Was ist also zu tun? Man trenne gegen den Despotismus, man vereinige gegen die Anarchie. Nicht mehr Köpfe gebe man einem Körper, sondern man trenne in demselben Körper die verschiedenen Fähigkeiten, lasse sie aber in einer Richtung

1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 375

2) v. Aretin, Staatsrecht, Bd.1, S. 88

THESE DOCUMENTS CONTAIN INFORMATION OF A
CONFIDENTIAL NATURE AND ARE TO BE
HANDLED ACCORDING TO THE
POLICY OF THE DEPARTMENT OF THE ARMY
REGARDING THE PROTECTION OF
CONFIDENTIAL INFORMATION.
ALL INFORMATION CONTAINED HEREIN IS UNCLASSIFIED
DATE 11/11/01 BY 1045
UNLESS OTHERWISE INDICATED
THIS DOCUMENT IS NOT TO BE
REPRODUCED OR TRANSMITTED IN ANY FORM
OR BY ANY MEANS, ELECTRONIC OR MECHANICAL,
INCLUDING PHOTOCOPYING, RECORDING, OR BY
ANY INFORMATION STORAGE AND RETRIEVAL
SYSTEM, WITHOUT PERMISSION IN WRITING
FROM THE ARMY SECRETARIAT.
GPO : 1975 O - 348-100
FOR SALE BY THE NATIONAL ARCHIVES
GPO : 1975 O - 348-100

zusammenwirken (1)".

Die Sicherung des Staatszwecks erfordert zwar institutionelle Schranken, wie sie mit einer Repräsentativverfassung vorgegeben sind. Das kann aber nach Aretins Ansicht bei Beibehaltung des konstitutionellen Dualismus "nicht durch Trennung der Gewalten, sondern vielmehr durch Vereinigung und Beschränkung derselben am besten erreicht werden" (2). Dieses System von Vereinigung und Beschränkung der Staatsgewalt findet Anwendung auf all ihre Äußerungen: "Die Gesetzgebung - und Besteuerungsgewalt des Monarchen muß durch das Initiativ- und Zustimmungsgewalt der Repräsentativgewalt beschränkt werden; die Obergerichts-, Verwaltung und Exekutive durch Ministerverantwortlichkeit, Pressefreiheit, Gemeindeverfassung und Provinzialstände; die richterliche Gewalt endlich durch Unabhängigkeit der Richter, Öffentlichkeit der Verhandlungen und

(1) Emanuel Joseph Sieyès, Qu'est ce que le tiers-état? (Flugschrift 1789)

(2) v. Aretin, Staatsrecht, Bd. 1, S. 107

Geschworenengerichte (iurisdiction parium)"
(1).

Daraus ergibt sich im konkreten Fall etwa
für die P o l i z e i :

1. es kann im konstitutionellen Staat, der Rechtsstaat ist, nur eine Polizei geben, die auf Handhabung und Ordnung der Sicherheit beschränkt ist. Wohlfahrts- und Beglückungspolizei entfallen, denn: "Unter dem Vorwand der Beglückung kann die Regierung, wie wir es täglich sehen, die drückendste Bevormundung ausüben" (2). Selbstverständlich entfällt auch jede Geheimpolizei als Instrument der Unterdrückung.

2. es gibt eine höhere und niedere oder allgemeine und lokale Polizei. Die Aufsicht über die Ortspolizei haben die Gemeinden.

(1) v. Aretin, Staatsrecht, Bd.1, S. 108
109 - 113

(2) v. Aretin, Staatsrecht Bd.2, S. 179/180

...

...

...

...

...

...

...

3. die Sicherheitspolizei oder Polizei im engeren Sinne hat den Zweck, Rechtsverletzungen zu verhindern..Ihre Tätigkeit ist vorgerichtlich. Nach den konstitutionellen Grundsätzen ist von ihr "keine Eintheilung strafbarer Handlungen in Verbrechen, Vergehungen und Polizeübertretungen anzunehmen, sondern alle diese strafbaren Handlungen sind Rechtsverletzungen, und gehören alle ohne Unterschied in den Bezirk der Strafrechtspflege. Die Polizei kann nie als selbständige Staatsgewalt auftreten, die peinlichen Gerichte aber können ihr die Strafgewalt über gewisse, dem Staat minder gefährlich Verletzungen delegiren.

4. Die Polizeigesetzgebung ist ein Gegenstand der gesetzgebenden Gewalt. Im konstitutionellen Staat ist demnach der Monarch hierin an die Zustimmung der Ständeversammlung gebunden. Polizeiverordnungen dagegen können von den vollziehenden Stellen ohne Konkurrenz erlassen werden" (1).

(1) v. Aretin, Staatsrecht, Bd. 2, S. 185

5. "Die Polizeiverwaltung in konstitutionellen Staaten muß stets vor Augen haben, daß sie nicht ein Werkzeug der Willkür, sondern an Grenzen gebunden ist, die ihr vorgezeichnet sind, damit die persönliche Sicherheit im Staate aufrechterhalten bleibe. Auch die Handels- und Gewerbepolizei muß in konstitutionellen Staaten eine liberale Richtung nehmen ... " (1).

R o t t e c k unterscheidet demgegenüber zwei Staatsfunktionen, gesetzgebende und administrative Gewalt, nach abstrakter und konkreter Staatsstätigkeit gegliedert.

Eine besondere rechtsprechende Gewalt lehnt er ab (2). "Alles, was durch die Staatsgewalt ... bestimmbar ist, muß entweder ein im Allgemeinen, d. h. nach Begriffen Aufgefaßtes oder ein Einzelnes, in concreto Vorkommendes sein. Die Bestimmungen über das E_rste stellen die Regel für künftig

(1) v. Aretin, Staatsrecht, Bd.2, S. 193

(2) v. Rotteck, Staatslexikon, Bd.1, Art. Constitution, S. 529

eintretende, unter die fraglichen Begriffe gehörige Fälle auf und mögen Gesetze genannt werden. Die über das Zweite sind bloße Anwendungen schon vorhandener Gesetze auf die vorkommenden, darunter passenden einzelnen Fälle. Unter eine von diesen beiden Rubriken läßt jeder Act der Staatsgewalt sich einreihen, insofern nemlich ... (man) unter Gewalt blos ein Recht der Willens-Äußerung oder Willens-Durchführung versteht (wonach also die richterliche Gewalt, welche blos in der logischen Function des Urtheiles oder Erkennens besteht, aus der Reihe der eigentlichen Gewalten auszuschließen ist)" (1).

Die Rechtsprechung wird aber nur als eigenständige Staatsgewalt abgelehnt: "Neben der gesetzgebenden und Verwaltungsgewalt, überhaupt unabhängig von allen Inhabern der Gewalt, muß eine Autorität bestehen, welche über das in concreten Fällen streitige oder zweifelhafte Recht entscheidet, d.h. den

(1) v. Rotteck, Staatslexikon, Bd.1, Art. Constitution, S. 529

rein wissenschaftlichen oder der unbefangenen Urtheilskraft anheimzustellenden Befund ausspreche über das, was - den bestehenden Gesetzen gemäß - Recht oder nicht Recht und was demnach von den constituirten Gewalten als solches zu handhaben und zu vollstrecken sei. Die Errichtung unabhängiger, möglichst zuverlässiger Gerichte ist hiernach ein weiterer Hauptartikel einer constitutionellen Verfassung" (1).

Rotteck sieht die einheitliche Staatsgewalt vom Staatszweck her für begrenzt an (2).

Die Staatsgewalt enthält Hoheitsrechte, die sich nach ihrer Notwendigkeit (wesentlich - zufällig), nach ihrer Richtung und nach ihrer Form unterscheiden (3). Die Staatsgewalt selbst ist nach Funktionen eingeteilt und gegliedert.

Aus der logisch-begrifflichen Unterscheidung "allgemein-konkret" fließen in organischem Zusammenwirken alle rechtsstaatlichen Garantien.

(1) v. Rotteck, Staatslexikon, Bd.1, Art. Constitution, S. 523

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 100

(3) v. Rotteck, Vernunftrecht, S. 155 - 157

Das Verhältnis der beiden Gewalten ist doppel-
polig: "Die administrative ist der gesetz-
gebenden Gewalt insofern untergeordnet, als
sie deren abstrakte Anordnungen in concreto
ausführen muß und nichts gegen die Gesetze
bestimmen darf: sie ist in der Regel bloß
gesetzesvollstreckende Gewalt. Es gibt aber
auch zahllose Fälle, in denen ein Gesetz
nicht vorliegt und kaum gegeben werden kann"
dann muß für konkrete Fälle selbsttätig
Recht gesetzt werden, und das gehört eben-
so zur administrativen Gewalt, wie die
Gesetzesanwendung. Sie schlechthin gesetz-
vollstreckend zu nennen, ist deshalb unpassend,
weil sie nicht nur Gesetze ...vollstreckt, son-
dern auch, sooft dazu ein Anlaß oder Bedürfnis
obwaltet, selbst eigene Verfügungen in
konkreten Fällen trifft"(1).

Diese Abgrenzung der staatlichen Funktionen
läßt Raum für praktisch-politische Erwägungen.
Denn es ist eine Frage sachgemäßer Überlegung
und politischer Zweckmäßigkeit, inwieweit die

(1) v. Rotteck, Vernunftrecht, S. 214 ff

THE

OF

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

THE

Befugnis zu selbständigen konkreten Anordnungen durch bindende abstrakte Normen eingeengt wird.

Als Kanner der politischen Praxis hält Rotteck es für ratsam, "der Administration Spielraum für eigenes Ermessen zu überlassen, als dieselbe durch allzu spezielle Bestimmungen zur bloßen Maschine zu machen und ihr die Möglichkeit zu benehmen, nach Umständen jeweils das Beste vorzukehren " (1).

Die scharfe logische Trennung bleibt aber bestehen: keine abstrakte Anordnung, sei sie auch gesetzvollziehender Natur, kann von der Administrativgewalt ausgehen.

J o r d a n dagegen steht der Gewalten-dreiteilung positiv gegenüber. Die Verfassung hat eine ausreichende Bestimmung der Zuständigkeit der Ausübung der drei Gewalten zu geben. Allerdings liegt keine strenge

(1) v. Rotteck, Vernunftrecht, S. 213

Teilung vor, sondern nur eine "subjective Sonderung" der Gewaltenträger: "In formaler Hinsicht läßt sich an der Staatsgewalt eine dreifache Art der Thätigkeit unterscheiden. Der Form nach kann sie sich nämlich äußern:

1. als **V e r n u n f t** , insofern als sie die äußere rechtliche Ordnung durch allgemeinverbindliche Normen (Gesetze) für die Gesamtheit des Volkes festsetzt und so bestimmt, was allgemein nothwendig sei (gesetzgebende Gewalt);
2. als **V e r s t a n d** , insofern sie, wenn die Geseze gegen Einzelne wegen eines obwaltenden Rechtsstreites oder einer vorgefallenen Gesezesübertretung geltend gemacht werden soll, die einschlägigen Thatsachen unter die Geseze stellt und durch einen förmlichen Ausspruch (Rechtsspruch) bestimmt, was für die Einzelnen in einem solchen Falle nach den Gesetzen nothwendig sei (richterliche Gewalt);

3. als W i l l e , insofern sie nicht nur sich selbst nach der Verfassung, den Gesezen und Rechtssprüchen bestimmt, um diese Normen äußerlich zu verwirklichen, sondern auch das ganze äußere Volksleben nach denselben ordnet und leitet, kurz, insofern sie durch Befehle, d. i. durch Verfassungs-, Gesez- oder Rechtsspruch gemäße Normen, welche unmittelbar auf das äußere Handeln gerichtet und mit unwiderstehlicher Nötigung verbunden sind, durch Willensacte äußerlich thätig wird" (1).

Zusammenfassend läßt sich sagen: Die drei Gewalten sind selbständig und unabhängig voneinander und beschränken sich gegenseitig. Sie sind aber auch voneinander abhängig und so einander wechselseitig unterworfen: "Das Gesez und der Rechtsspruch könnten ohne regierende Gewaltnicht rechtlich entstehen und wären ohne sie kraft- und machtlos; der Befehl aber wäre ohne Gesez gesezlose Macht, und da, wo er an die Stelle des Rechtsspruches träte,

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht S. 213

ein bloßer Machtspruch; in beiden Fällen also rechtswidrig" (1).

So sind die Gewalten völlig und wesentlich voneinander verschieden nach ihrer Quelle, ihren Produkten, ihrer Richtung und ihren Zwecken und bilden andererseits eine vollkommene Einheit ihrem Ziel nach: die Herrschaft des Gesetzes zu sichern.

Auch W e l c k e r bejaht die Gewaltdreiteilung im Sinne einer Funktionstrennung der Staatsgewalt. Er geht dabei von einer Aufgliederung und Verteilung der gesamten verfassungsmäßigen Staatsgewalt aus (2).

Die oberste und die anderen Gewalten bestimmende Gewalt ist die verfassungsgebende. Sie schafft die Grundlagen der Gesellschaft und bestimmt die Verfassungsorganisation. Die andere ihr gegenüberstehende Gewalt ist

(1) Jordan, Allgemeines Staatsrecht, S. 213

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 189

die Verwaltung im weiteren Sinne als Inbegriff aller übriggebliebenen Staatsfunktionen. Sie soll durch verfassungsmäßiges Regieren (Vollziehen), durch Gesetzgeben und Richten den Staatszweck im Leben verwirklichen. Damit ist die Dreiteilung vorgegeben:

"Die Regierung in diesem engeren Sinne soll zugleich mit der freien Tätigkeit der Bürger, jeder besonderer Lage des Lebens gemäß, die Mittel für den Staatszweck ergreifen und ausführen.

Die Gesetzgebung soll dagegen ... die rechtlichen und sonstigen notwendigen festen Normen für dieses Vollziehen der Regierung ..., sowie die Ausnahmen und Veränderungen ihrer eigenen und der Verfassungsnormen aussprechen.

Die richterliche Function endlich hat die Widersprüche jenes Vollziehens mit der Verfassung und den Gesetzen parteilos zu schlichten" (1).

(1) Welcker, Staatslexikon, Bd. 6, Art.
Gesetz, S. 742

Die Ausübung der Gesetzgebungs- und Regierungsgewalt erfolgt "in organischer Gemeinschaft mit der Regierung" durch die Volksrepräsentation.

M o h l entwickelt überhaupt keine allgemeine Staatsfunktionenlehre. Nach seiner Ansicht ist die Staatsgewalt unteilbar (1), da sonst Anarchie entstehen müßte. Eine Trennung widerspräche der Logik und Klugheit, denn auch die richterliche Gewalt sei beispielsweise ausübende Gewalt; zum anderen erschöpfe sich die Aufgabe des Staates nicht in Gesetzgebung und Vollziehung (2). Mohl interessieren mehr Begriffe wie Verfassung, Gesetz, Verordnung und deren Abgrenzung. Auf dem Boden des klassischen konstitutionellen Mächtedualismus ist ihm daran gelegen, Gesetz und gesetzgebende Gewalt möglichst weit zu fassen, um damit die Rechte der Volksrepräsentation auszudehnen.

(1) v. Mohl, Enzyklopädie, S. 110

(2) v. Mohl, Enzyklopädie, S. 112/113

4. Der Wandel des liberalen Staatsdenkens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (Gierke, Bähr)

Während der Liberalismus des Vormärz noch streng abstrakt-vernunftrechtlich argumentierte und versuchte, liberales Gedankengut in den Verfassungen der deutschen Staaten durchzusetzen (1), mußte der nachrevolutionäre Liberalismus zur Kenntnis nehmen, daß Bismarck die Entscheidung über den Charakter des deutschen Staates herbeigeführt hatte (2). So blieb ihm nichts anderes übrig, als die Auseinandersetzung auf dem Boden dieser Verfassung weiterzuführen. Der Liberalismus entledigt sich der naturrechtlichen Argumentation (3), und damit, auch der abstrakten vernunftrechtlichen Methode.

(1) Ellwein, S. 35

(2) Ellwein, S. 101

(3) Ellwein, S. 101

An ihre Stelle tritt ein mehr sach- und zweckbezogenes Denken. Eine historische Beweisführung (1) macht sich zunehmend geltend. Die Tradition wird anerkannt. Die "Hinwendung von der Idee zur Wirklichkeit, vom allgemeinen Vernunftideal zur Anerkennung der individuellen Erscheinungen, vom universalen Denken zur Anschauung des einzelnen zur Empirie" (2), ist jetzt bei liberalen Staatsdenkern festzustellen. Schon bei M o h l deutete sich diese Wandlung an, wenn er den Staat nicht mehr, wie noch Aretin und Rotteck, als Verein oder Anstalt, sondern als Organismus definiert (3), und Begriffe wie Volk und Gesellschaft in seinen Staatsbegriff aufnimmt.

Die politische Situation erleichterte dem Liberalismus diesen Wandel insofern, als nun das Ringen um die deutsche Einheit begann (4), deren Vorkämpfer der Liberalismus von jeher gewesen war.

(1) Ellwein, S. 35

(2) Ellwein, S. 102

(3) v. Mohl, Enzyklopädie S. 71

(4) Ellwein, S. 103/104

Die Grenzen zu andersdenkenden Staatsrechtslehrern verwischten sich. So fanden liberale Politiker und Staatsdenker wie Otto Bähr und Otto von Gierke in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nichts dabei, die formale Rechtsstaatsdefinition des Konservativen Julius Stahl zu übernehmen:

a) der Staat als Organismus und Genossenschaft

Obwohl Bähr und Gierke unbedenklich auf die Stahl'sche Formel vom Rechtsstaat zurückgreifen, übernehmen sie doch nicht seine Interpretation, sondern geben ihr einen anderen Inhalt. Das hat seinen Grund in einer anderen Staatsauffassung.

Für B ä h r ist der S t a a t e i n e G e n o s s e n s c h a f t , die sich nur der Art, nicht aber ihrem Wesen nach von einer gewillkürten Genossenschaft des Privatrechts unterscheidet. Auch die Souveränität des Staates begründet keine generische Verschiedenheit. Der Staat steht den anderen Genossenschaften und Verbänden wie die voll-

kommenere der unvollkommenen Entwicklungsstufe gegenüber; er ist der "juristisch entwickelte Begriff der Genossenschaft der Nation" (1). Wie eine Genossenschaft des Privatrechts entsteht der Staat durch den menschlichen Willen.

Wenn Bähr auch von der Staatsentstehung durch einen menschlichen Willen spricht, so versteht er darunter doch etwas anderes als die von der vernunftrechtlichen Vertragstheorie bestimmten vormärzlichen Liberalen. Denn indem er formuliert, der Staat sei seinem ersten Ursprung nach etwas von Gott gegebenes, steht er dem Konservativen Stahl näher, als Liberalen wie Aretin oder Jordan. "Obrigkeit und Gehorsam gegen dieselbe sind von Gott. Des Menschen Sinn hat das nicht erfunden, aber die Bildung und Entwicklung der Staaten und ihrer Verfassung ist vom Schöpfer dem menschlichen Wege, der Freiheit, dem Willen des Menschen überlassen worden (2)".

(1) Bähr, S. 45

(2) Bähr, S. 48

G i e r k e s Auffassung vom Staat unterscheidet sich insoweit von der Bährs, als er den Staat nicht mit einer Genossenschaft gleichsetzt, sondern in der G e - n o s s e n s c h a f t s i d e e nur die Basis des Staates sieht. Die "moderne Staatsidee" ist für ihn die "Versöhnung der uralten Genossenschaftsidee mit der uralten Herrschaftsidee" (1). Erst das organische Verwachsen beider zu einer Einheit macht den Staat aus. Hier erweist sich Gierke als Vertreter der germanischen Richtung der historischen Schule.

Diese versucht, den Einfluß des Römischen Rechts auf das deutsche Rechtssystem rückgängig zu machen und stattdessen die eigenständige germanisch-deutsche Reichsentwicklung (2) sichtbar zu machen und, wenn möglich, wiederherzustellen.

(1) v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. I
S. 833

(2) Wolf, S. 543

Für Gierke ist es selbstverständlich, den Ausgangspunkt für seine Staatsauffassung im alten germanischen Recht zu suchen. Vorbild für seinen modernen Staat ist der genossenschaftlich organisierte Verband der freien Germanen, in dem er den wahren geschichtlichen deutschen Staat verkörpert sieht.

H a u p t a u f g a b e d e r S t a a t s -
l e h r e ist es, die durch den Absolutismus entzweite Einheit von Volk und Staat wiederherzustellen, den vom Absolutismus entwickelten Obrigkeitsstaat zu beseitigen. Dazu muß man "den Staat wieder in das Volk zurückverlegen" (1) und aus dem anstaltlichen Obrigkeitsstaat wieder den genossenschaftlichen d e u t s c h e n V o l k s -
s t a a t herstellen. Diese Staatsidee sieht er im monarchisch-liberalen Verfassungsstaat verwirklicht, in dem der Fürst Organ des Staates ist und der Umfang seiner Befug-

(1) v. Gierke, zit. bei Wolf, S. 680

nisse und Pflichten allein von der Verfassung bestimmt wird. Die Monarchie als Staatsform wird ausdrücklich bejaht:

"Dagegen ist es mit der Auffassung des Staates als eines dem ganzen Volk lebendigen Organismus sehr wohl vereinbar, daß die öffentliche Rechtsordnung von allen Staatsgliedern Einem oder auch einer Mehrheit eine sehr überwiegende Stellung im Staatskörper zuweist. Insbesondere liegt es im Wesen der Monarchie, daß eine Person allen anderen Staatsgliedern gegenüber eine spezifische und eigentümliche Bedeutung für den Staatskörper hat. Der Monarch erscheint nicht als ein gewöhnliches Staatsglied, das nur durch die Verfassung zu einem hauptsächlichen Organ des Staatswesens erstellt wird, sondern er erscheint als Haupt des Staatskörpers, als ein von vornherein besonders qualifiziertes, schlechthin wesentliches, durch seine innere Natur zu hervorragender Tätigkeit für das Ganze berufene Glied; (1).

(1) v. Gierke, zit. bei Ellwein, S. 248

In ddr "Schrift zur Stein'schen Städteordnung" bezeichnet Gierke die Monarchie als "teuerstes, nationales Gut des deutschen Volksbewußtseins" (1).

Entscheidend bleibt, daß die Monarchie nicht über und außerhalb des Gemeinwesens steht, sondern sich dem genossenschaftlichen Staat als anstaltliche Spitze einfügt. Das Verfassungsideal ist der Ausgleich zwischen der überkommenen Monarchie und der neuerwachten Volksfreiheit, wobei die geschichtlich gewachsenen Institutionen politisch beibehalten werden und alles Radikale und Revolutionäre, was den politischen Liberalismus der Aufklärung und des Vormärz kennzeichnete, ausgeschlossen wird.

b) Der gewandelte Rechtsstaatsbegriff

Die Vorstellungen Gierkes und Bährs vom Rechtsstaat ergeben sich aus ihrem organisch-

)v. Gierke, zit. bei Wolf, S. 680,

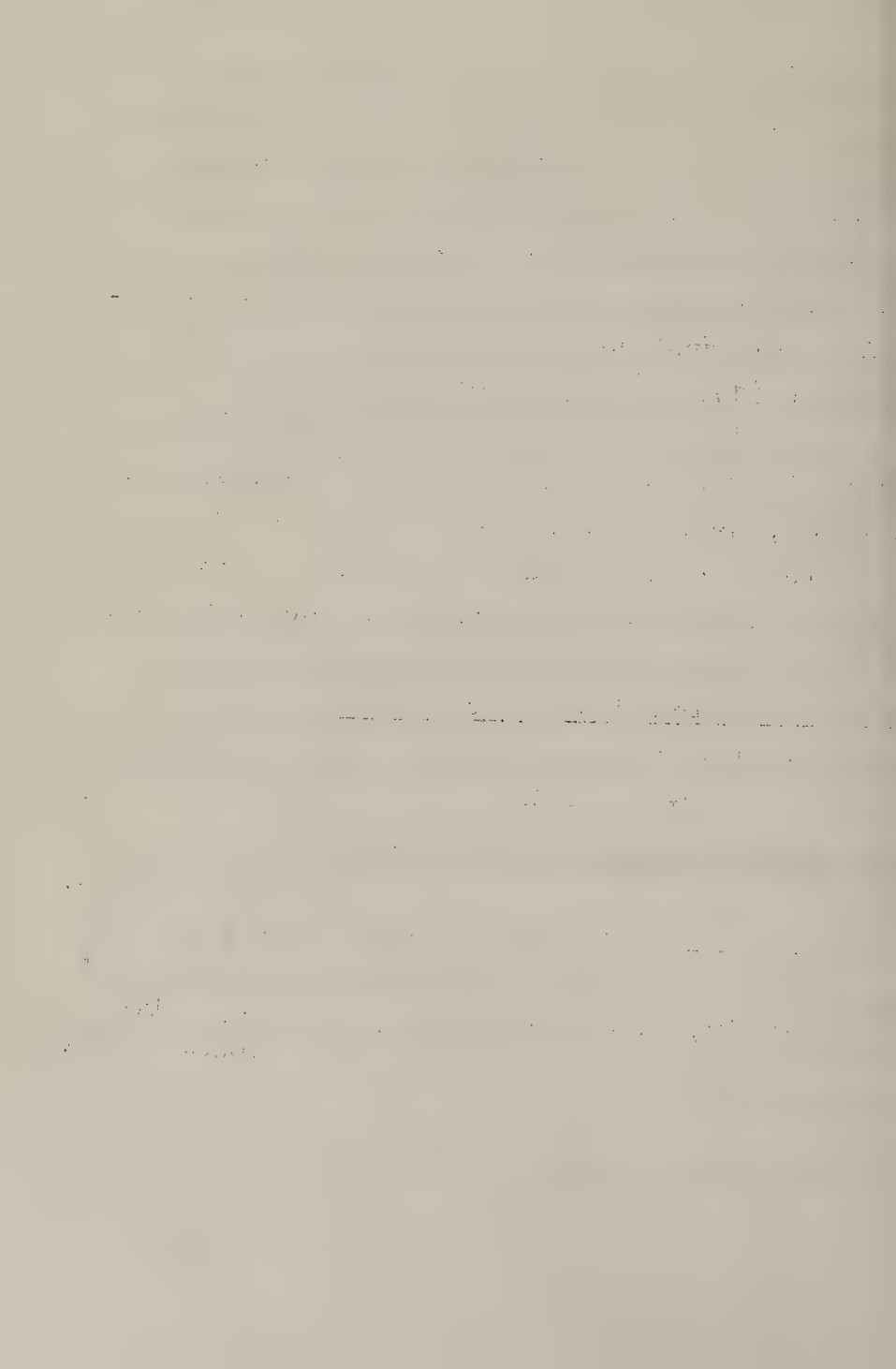
genossenschaftlichen Staatsbegriff. Von daher sind die Differenzen zu den liberalen Rechtsstaatsvorstellungen aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu verstehen. Insbesondere Gierke hat den Hauptgegenstand der allgemeinen Staatslehre, die Lehre vom Staatsgrund und vom Staatszweck, von allen aprioristischen Voraussetzungen befreit und an ihre Stelle eine empirische Betrachtungsweise aufgrund der historischen Ereignisse gesetzt (1).

Bähr wie Gierke lehnten es ab, die , wie sie meinten, nach historischen Gesetzen sich vollziehende Entstehung der Staaten auf einen Vernunfttracht a priori zurückzuführen.

aa) Definition des Rechtsstaats

Wenn sich G i e r k e und B ä h r mit der Rechtsstaatsdefinition des Konservativen Stahl einverstanden erklären, so bedeutet das,

(1) Ellwein, S. 225



daß auch sie eine Beschränkung der exekutiven Staatstätigkeit auf die bloße Verwirklichung von Rechtsvorschriften ablehnen. Gierke und Bähr wenden sich von der naturrechtlichen Position des frühen Liberalismus ab (1).

Sie wollen aber auch keine Beherrschung und Bestimmung des menschlichen Lebens durch den Staat mit Hilfe von Gesetzen. Die Verwirklichung des Rechtsstaates bedeutet für Sie, "daß der Staat das Recht zur Grundbedingung seines Daseins erhebe, daß alles in ihm rege Leben, das individuelle sowohl als das der Gesamtheit im Verhältniß zu ihren Gliedern - unbeschadet der für dasselbe notwendigen Freiheit - demnach in den Grundangeln des Rechts sich bewege" (2).

Das bedeutet, daß der Staat im Recht steht, indem sein Organismus selbst Recht ist (3):

(1) Ellwein, S. 227

(2) Bähr, S. 2

(3) v. Gierke, Bd.I, S. 831

"Der Begriff des Rechtsstaates kann schon dem Wortlaut nach ... nur auf das Verhältnis des Staates zum Recht abzielen. Rechtsstaat ist ein Staat, der sich selbst nicht über, sondern in das Recht stellt; ein Staat, der in seiner gesamten positiven Lebenstätigkeit gleich dem Einzelnen frei, aber gleich dem Einzelner nur gesetzlich frei und also durch die Schranke des Rechts gebunden ist, ein Staat, in dem alles öffentliche Recht ganz wie das Privatrecht durch und durch als Recht im vollen Sinne anerkannt wird, und daher vor allem auch das ihm heute bei uns noch versagten gerichtlichen Schutzes genießt. Die Forderung eines derartigen Rechtsstaates aber setzt unabweislich die Überzeugung von der Ebenbürtigkeit des Rechts mit dem Staate voraus".

bb) Die Auffassung vom Recht

B ä h r nennt das Recht einen Teil der höheren Ordnung, die für das Zusammenleben der Menschen notwendig ist. Den Geboten der

Sitte, der Sittlichkeit und der Weisheit, sind zu relativ, als daß an ihnen der Wert oder der Unwert menschlichen Handelns gemessen werden könnte. Meßbar, und deshalb auch erzwingbar, sind nur die Gebote des positiven Rechts (1).

Für G i e r k e ist das Recht mit dem Staat unlösbar verbunden und die Frage nach dem Kausalitätsverhältnis beider überflüssig: "in Wirklichkeit sind Staat und Recht mit- und durcheinander entstanden und gewachsen" (2).

(1) Das Verhältnis von Geboten des Rechts zu denen der Sittlichkeit

Recht und Sittlichkeit sind nicht identisch, sondern stehen nebeneinander. Sie sind aber ihrem Ursprung nach verbunden.

(1) Bähr, S. 2

(2) v. Gierke, zit. bei Ellwein, S. 241

B ä h r sieht die Aufgabe des menschlichen Geistes darin, die Gebote des Rechts aus der dem Menschen vorgegebenen höheren Ordnung herauszulösen und durch das Recht abstrakt zu schaffen. Das bedeutet aber nicht, daß Recht und Sitte wesensmäßig verschieden sind. Ein Hervorkehren ihrer Unterschiede ist nur der Realisierbarkeit und Erzwingbarkeit des Rechts wegen notwendig. Für Bähr und Gierke besteht wesensmäßig die Verknüpfung von Recht und Sitte nicht im "Sinne einer logischen Gleichsetzung, sondern der geschichtlichen Einheit des Volksgeistes" (1). Bähr definiert das Recht als "die relative Freiheit aller im Verhältnis zueinander" (2). Es umgibt den Menschen mit einer Schranke, innerhalb derer er sich frei bewegen kann und nur darauf zu achten hat, daß er die seinen Mitmenschen ebenfalls zustehende Sphäre der freien Bewegung nicht stört und die gebotene Sittlichkeit beachtet.

(1) Wolf, S. 556

(2) Bähr, S. 2

Gerade der Umstand, daß Bähr innerhalb der durch das Recht gegebenen Rechte des einzelnen die Gebote der Sittlichkeit beachtet wissen will, beweist, daß danach folgerichtigerweise eine wesensmäßige Trennung zwischen Recht und Sitte nicht vorliegt. Nur der relativen Natur des Sittlichen wegen sind feste und bestimmte Gebote des Rechts erforderlich.

(2) Die soziale und nationale Aufgabe des Rechts

Das Recht ist dem Staate ebenbürtig. Erste Voraussetzung des Staates ist die Macht, doch vermag er sich ohne das Recht nicht zu vollenden. Das Wesen des Staates besteht darin, "daß es die äußere Willensherrschaft innerhalb der menschlichen Gemeinschaft bejaht und begrenzt" (1), während die Moral den Willen nur innerlich bestimmt. Es gehört wie der Staat zu den eigentümlichen Seiten des mensch-

(1) Ellwein, S. 246

lichen Gemeinlebens, es vollendet sich nur mit und durch den Staat: "gleich der Staatsidee ist die Rechtsidee überhaupt mit dem Menschen geboren".

G i e r k e sieht aus der gesellschaftlich-politischen Situation seiner Zeit heraus neben dem sittlichen Element des Rechts noch ein nationales und soziales. Beides hat seinen Grund in seiner Vorstellung vom Staat, in der Staat und Volk identisch sind: "Nur wo das Recht volkstümlichen und sozialen Charakter hat, kann die Freiheit von Volk und Staat andauern" (1).

Die s o z i a l e A u f g a b e des Rechts verdeutlicht er in seiner Kritik zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, das nach seiner Meinung dem sozialen Element im Recht nicht gerecht wird (2). Mit der Betonung der sozialen Aufgabe des Rechts wendet sich

(1) v. Gierke, zit. bei Wolf, S. 545

(2) v. Gierke, "Die soziale Aufgabe des Privatrechts"

Gierke bewußt von den mechanistischen und materialistischen Gesellschaftslehren und vom Rechtspositivismus ab. Sein Ziel ist, einen "Staat mit neuen Werttafeln aufzurichten, höhere soziale Zwecke auf dem Boden sittlicher Grundsätze zu verfolgen" (1). Die Aufnahme sozialer Elemente in den Rechtsbegriff ist zwar keine originale Leistung Gierkes, denn schon Stein führt diese Elemente ein, sein Verdienst besteht aber darin, daß er die Aufgabe und den Zweck des Rechtes durch das soziale Element inhaltlich erweitert und bestimmt hat. Es geht ihm darum, den Inhalt des Rechtszweckes aus der sozialen Notwendigkeit herzuleiten und ihn damit gleichzeitig den nationalen Bedürfnissen anzupassen (2).

c) Die Verwirklichung des Rechtsstaats durch eine bestimmte Organisation der Staatsgewalt

(1) v. Gierke, zit. bei Wolf, S. 546

(3) Wolf, S. 546

B ä h r bezeichnet die Verwirklichung des Rechts als den Keim der Staatsidee, als erste Aufgabe des Staates. Zur Erfüllung dieser Aufgabe ist eine bestimmte Organisation der Staatsgewalt unerläßlich.

aa) Die Gesetzgebung

Die Herauslösung der Gebote des Rechts aus dem Kreis der anderen Gebote der höheren Ordnung und ihre Objektivierung, das Festsetzen von Rechtsregeln, sind die erste Stufe zur Verwirklichung des Rechts, die dem Staat zufällt (1). Bei der Aufgabe, Gesetze zu schaffen, wird der Staat durch den R e g e n t e n als ersten Träger der Staatsgewalt vertreten. Der Regent ist aber an die Mitwirkung der Volksvertretung gebunden.

Die Notwendigkeit der M i t w i r k u n g
d e s V o l k e s an der Gesetzgebung

(1) Bähr, S. 8

begründet B ä h r mit der überragenden Bedeutung des Gesetzes. Diese besteht darin, das "heiligste Gut der Nationen, das Recht, in sich aufzunehmen" (1). Die Zustimmung des Volkes geschieht durch die Volksvertretung (2). Jedes Mitglied der Volksvertretung vertritt das Gesamtvolk, nicht nur die Einzelinteressen seiner Wähler und Nominanten. Die Volksvertretung ist nichts Eigenständiges, sie hat keine eigene Persönlichkeit und stellt keine Körperschaft dar. Sie ist nach G i e r k e ein politisches Kollegium, das "die an sich der Gesamtheit aller selbständigen Staatsbürger zukommenden politischen Befugnisse ausübt" (3). Fürst und Volksvertretung sind nicht zwei einander feindlich gegenüberstehende, individuelle Rechtssubjekte, sondern "Mitträger und Mitorgane eines einheitlichen Staates" (4).

(1) Bähr, S. 12

(2) Bähr, S. 13

(3) v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd.I
S. 827

(4) v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd.I,
S. 827

Die Abkehr von dem Antagonismus, der den Liberalismus in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auszeichnete, wird sichtbar.

bb) die Rechtsprechung

Die zweite Stufe der Rechtsverwirklichung, die sich an die Aufstellung der Rechtsregeln anschließt, ist die konkrete Feststellung des Rechts, der Richterspruch: "Recht und Gesetz können nur dort volle Bedeutung und Macht gewinnen, wo sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereitfinden" (1).

Das wesentlichste Prinzip einer rechtsstaatlichen Rechtsprechung ist die U n a b -
h ä n g i g k e i t d e s R i c h t e r s
von der Regierungsgewalt. Die Urteilsfindung, ein Ergebnis des Erkennens und ein freies geistiges Schaffen besonderer Form, ist durch Mißbrauch, Irrtum und Willkür gefährdet.

(1) Bähr, S. 12

Sie muß in Hände gelegt werden, in welchen jene Gefahr die relativ geringste Aussicht auf Verwirklichung findet (1). Sie ist von eigens dazu berufenen, ständigen, unwiderruflich angestellten Beamten denen Eid und Pflicht, die Lehren ihrer Wissenschaft, sowie die Überlieferungen und die Ehre ihres Berufsstandes Maß und Ziel setzen, und deren ständiges Zusammenwirken die Objektivität, Konsequenz und Stetigkeit ihres Willen sichert, auszuüben (2). **W e i t e r e V o r a u s s e t z u n g e n** der Rechtsprechung sind: niemand kann Richter in **eigener** Sache sein, bestimmte Prozeßgesetze müssen den Gang des Verfahrens regeln, eine wiederholte Prüfung derselben Rechtsache durch verschiedene Richter (Instanzenzug) muß gewährleistet sein.

cc) Rechtsprechung und Regierungsgewalt

Gierke und Bähr setzen sich nicht nur für

(1) Bähr, S. 14

(2) Bähr, S. 15

THE
JOURNAL
OF
THE
ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE
VOLUME 18
PART 1
1888

CONTENTS
PAGES
The Origin of the Human Race, by H. H. S. G. ... 1
The Human Race, by H. H. S. G. ... 2
The Human Race, by H. H. S. G. ... 3
The Human Race, by H. H. S. G. ... 4
The Human Race, by H. H. S. G. ... 5

THE
JOURNAL
OF
THE
ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE
VOLUME 18
PART 2
1888

CONTENTS
PAGES
The Human Race, by H. H. S. G. ... 6
The Human Race, by H. H. S. G. ... 7
The Human Race, by H. H. S. G. ... 8
The Human Race, by H. H. S. G. ... 9
The Human Race, by H. H. S. G. ... 10

eine Rechtsprechung auf den Gebieten des Zivil- und Strafrechts, sondern auch für eine auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ein. Das setzt die Anerkennung eines öffentlichen Rechts voraus (1). Die Anerkennung eines besonderen öffentlichen Rechts ist für sie eine Grundforderung des Rechtsstaats.

Ausfluß des genossenschaftlichen Staatsbegriffs ist die Ansicht, daß Regierung und Verwaltung nicht mehr als eine aus eigenem Recht bestehende Obrigkeit, sondern als Funktion eines Amtes verstanden werden, das dem Staate zu dienen hat. Sie bezieht ihren Inhalt und ihre Grenzen aus dem Recht.

Bähr kritisiert in seiner Schrift über den Rechtsstaat konservative Argumente gegen eine Rechtsprechung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Das Argument, eine Unterwerfung der Regierungsgewalt unter die

(1) Bähr, S. 54

Rechtsprechung lasse sich nicht mit der herrschaftlichen Würde des Staates über seine Untertanen vereinbaren, die Staatsgewalt sinke auf die Position einer bloßen Privatpartei herab, sind für Bähr nicht stichhaltig. In der Tätigkeit der Verwaltung produziert sich das freie menschliche Dasein des Staates. Die Stellung der Regierungsgewalt vor der Rechtsprechung kann keine andere sein als die jeder anderen Privatperson (1). Zwar erkennt Bähr an, daß für die Regierungsgewalt Recht und Gesetz nur für die "äußere Schranke einer mehr oder weniger freien Tätigkeit sind", und daß das positive Prinzip für die Regierungsgewalt das Gemeinwohl und die Zweckmäßigkeit sein müssen. Doch sehen B ä h r und G i e r k e in der Verwirklichung des Rechts die h ö c h s t e Z w e c k m ä ß i g k e i t . Wenn also der positive Inhalt der Regierungstätigkeit die zweckmäßigste Verfolgung des Gemeinwohls ist, dann ist dieses Ziel identisch mit der Verwirklichung des Rechts.

(1) Bähr, S. 52

Wenn Recht und Gesetz erst dort Bedeutung haben, wo sie durch Richterspruch verwirklicht werden können, dann ergibt sich daraus die Notwendigkeit einer Rechtsprechung auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.

Die Unterwerfung der Regierungsgewalt unter eine solche Rechtsprechung bedeutet Unterwerfung unter das Recht. Das kann der sittlichen A u t o r i t ä t d e r S t a a t s g e w a l t niemals Abbruch tun: "Die sittliche Autorität bleibt der Regierungsgewalt dadurch, daß sie innerhalb der gesetzlichen Schranken frei waltet; nicht aber bedarf es dazu, daß sie die Schranken dazu nach Belieben sich selbst zurecht schiebe" (1).

An den Grenzen des Rechts der Regierungsgewalt beginnt das R e c h t d e s e i n - z e l n e n . Es hieße nach Bähr Recht von unterschiedlicher Qualität aufstellen, wenn man die Überschreitung dieser Schranken durch

(1) Bähr, S. 84

den Bürger zwar verfolgte, eine Überschreitung durch die Regierungsgewalt aber nicht. Erst mit einer unterschiedlichen rechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Staat und Bürger wäre der hohe Wert des Rechtes herabgemindert, der darin liegt, daß er das menschliche Zusammenleben in seiner Gesamtheit erfaßt (1).

Während Gierke und Bähr sich über die Notwendigkeit einer Rechtsprechung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts einig sind, ergeben sich U n t e r s c h i e d e in den Vorstellungen hinsichtlich ihrer Verwirklichung.

G i e r k e fordert spezielle Gerichte für das öffentliche Recht. B ä h r will demgegenüber diese Rechtsprechung der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen sehen. Er gilt deshalb als Verfechter des sogenann-

(1) Bähr, S. 84, Fußbote 7

ten " J u s t i z s t a a t e s " , weil Recht und Gerechtigkeit nach seiner Auffassung nur dann wahre Bedeutung und Macht gewinnen, wenn sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereit finden (1). Er hält die ordentliche Gerichtsbarkeit auch für die öffentlich-rechtliche Rechtsprechung am geeignetsten mit dem Argument, daß ein guter Zivil- oder Strafrichter genügend Einsicht in das Wesen des Staates besitze, um auch bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten Recht sprechen zu können (2).

Die Frage, ob ordentliche oder besondere Gerichte die Rechtsprechung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ausüben sollen, bleibt für Bähr aber zweitrangig. Wesentlich ist ihm nur, daß Gerichte diese Tätigkeit ausüben und nicht Verwaltungsbehörden, da bei diesen nach seiner Ansicht sämtliche Voraussetzungen einer gerechten Beurteilung, wie richterliche Unabhängigkeit und Verbot des Richtens in

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 264

(2) Bähr, S. 69 / S. 84

eigener Sache, fehlen. Erst in der Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung, die in der Einrichtung einer Rechtsprechung auch für das Gebiet des öffentlichen Rechts ihren Ausdruck findet, sehen Gierke und Bähr die Vollendung des Rechtsstaates.

4. Zusammenfassung

Bei der Betrachtung der Rechtsstaatsauffassungen Gierkes und Bährs fällt auf, daß sie die Frage des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, die noch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die zentrale Frage der liberalen Staatsrechtslehre war (1), nicht erörtern.

G i e r k e , der mit seiner Staatsidee an die Tradition des germanisch-altdeutschen politischen Lebens etwa seine genossenschaftliche Ordnung anknüpft, muß der Frage nach dem Wesen und der Bedeutung der Gesellschaft für den Staat aus dem Wege gehen, weil für ihn Volk und Staat identisch sind. Für die Gesellschaft ist dazwischen kein Raum.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. S.

Ein Dualismus von Staat und Gesellschaft würde zudem seiner organischen Staatsanschauung widersprechen (1), weil dann an die Stelle einer organischen Gliederung von Staat und Volk der Dualismus von Staat und Gesellschaft träte, den er gerade aufgehoben wissen will.

Gierke hat einen Rechtsstaat nach Form und Inhalt auf nationaler Grundlage angestrebt und damit an den beiden Programmpunkten des klassischen deutschen Liberalismus festgehalten. Der Begriff des Staatsbürgers bedeutet ihm mehr als eine bloß juristische Phrase (2), nämlich ein harmonisches Gefügen von staatlich anerkannten Rechten und Pflichten des Bürgers.

Ähnliches gilt für B ä h r . Da er im Staat eine von den privaten und gewillkürten nicht wesensverschiedene Genossenschaft sieht, kann ein Spannungsverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft gar nicht entstehen,

(1) Böckenförde, Verfassungsgeschichtliche Forschung, S. 152; Hoehn, Gierkes Staatslehre, S. 104

(2) Ellwein, S. 249

weil die wesensimmanenten Gegensätze fehlen.

Zusammengefaßt bleibt festzustellen, daß die Liberalen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Entscheidendes von den klassischen Liberalen in der ersten Hälfte des Jahrhunderts trennt: Bähr und Gierke lehnen die vernunftrechtlich-abstrahierende Methode ab. Statt der Proklamation von Idealen wollen sie eine p r a k t i s c h e i n s t i t u t i o n e l l gesicherte V e r w i r k l i c h u n g d e s R e c h t s s t a a t e s . Anstelle eines weltanschaulichen Liberalismus wollen sie einen praktischen Liberalismus, der sich an seiner Argumentation Methoden bedient, die sich an der Wirklichkeit orientieren und sach- und zweckbezogen auf die juristische Natur des Staates eingehen:

"Es gilt ... die Mängel und Einseitigkeiten der bisherigen Staatsrechtslehre zu überwinden; es gilt die staatsrechtlichen Grundbegriffe von der ihnen anhaftenden Unklarheit, Unbestimmtheit und Bildlichkeit, von der Versuchung ihres juristischen Gehaltes

mit allerlei nichtjuristischen Elementen zu befreien und sie zu einem wahrhaft wissenschaftlichen System zu verknüpfen; es gilt, weil das Staatsrecht eben Recht ist, auch seine Wissenschaft spezifisch juristisch auszugestalten und als ebenbürtiges Glied dem Gesamtorganismus der Rechtswissenschaft einzufügen" (1).

III. Der sachlich-zweckbezogene, konservative Staatsbegriff

1. Voraussetzungen konservativer Staatsdenkens

Die liberale Bewegung, die Europa seit mehr als fünfzig Jahren beeinflusste, rief als ihr Widerspiel den Konservativismus wach. Besonders die Französische Revolution wirkte auf Dynastien, Adel, Offizierkorps, Bürokratie und Kirche wie ein Schock und führte diese Kräfte zu solidarischer Abwehr.

(1) v. Gierke, Grundbegriffe, S. 295
zit. bei Ellwein, S. 245/246

In England erschien 1790 unter dem Eindruck der Französischen Revolution das erste grundlegende Werk des Konservativismus, Edmund Burkes "Reflexions on the Revolution on France"; in Frankreich entwickelte Joseph de Maistre 1796 in seinen "Considerations sur la France" ein System des konservativen Legitimismus und Traditionalismus, das in der Abhandlung "Du Pape" (1819) vollendet Ausdruck fand. In Deutschland entstand die konservative Theorie auf dem Boden der politischen Romantik, deren Hauptvertreter Adam Müller, auf den noch ausführlicher einzugehen ist, 1809 seine "Elemente der Staatskunst" veröffentlichte. In Preußen entstand nach 1815 eine weitere Ausprägung konservativen Denkens, ein "patrimonialer Konservativismus (1) mit autokratisch-monarchistischen Zügen und ständisch-feudalen Momenten, deren Wortführer, der Schweizer Karl Ludwig v. Haller, seine Vorstellungen in der "Restauration der Staatswissenschaft" (1816 - 1834) niederlegte.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II,
S. 328/329

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

Im Gegenzug dazu und zur politischen Romantik entstand in Preußen als dritte Form konservativen Staatsdenkens die Staatsphilosophie Hegels (1). Ihr Einfluß auf den Konservativismus wird noch ausführlicher darzustellen sein. Vorweg sei aber gesagt, daß sich Hegels Konservativismus keineswegs in der Beschreibung und Verherrlichung der preußischen Staatswirklichkeit seiner Zeit erschöpfte, sondern bereits einen Vorgriff auf den Konstitutionalismus der nachrevolutionären preußischen Monarchie darstellte. Preußen war Hegel Vorbild in der Autorität des Königs, der Kraft der Exekutive, der Rechtsgewinnung der Justiz und Verwaltung und nicht zuletzt auch der Staatsgewinnung der Nation (2).

Im Konservativismus der achheglianischen Zeit fand die von Hegel bekämpfte ständisch-patrimoniale Theorie Hallers starken Widerhallen in der vom Pietismus geprägten "stän-

(1) Huber, Verfassungsgeschichte, II, S. 329

(2) Huber, Verfassungsgeschichte, II, S. 330

disch-konservativen" Richtung in Preußen. Ihr zuzurechnen sind der Rechts- und Staatsphilosoph Julius Stahl, auf den noch einzugehen ist, die drei Brüder v. Gerlach, der Theologe Hengstenberg und der Historiker Leo. Grundlage ihrer Haltung war die Ablehnung des Rationalismus im Staatsdenken, als dessen Produkte sie sowohl Absolutismus als auch Liberalismus ansahen. Universalismus, Traditionalismus, Legitimus und Royalismus prägten, wie einleitend bereits dargestellt, die konservative Welt- und Geschichtsauffassung. Der Staat war "christlicher" Staat, eine Einrichtung göttlichen Ursprungs, in doppelter Abgrenzung gegen Absolutismus und Demokratie eine ständisch verfaßte Monarchie (1). Dieser Staat war nicht von einem bürgerlich-liberalen, sondern vom ständischen Rechtsstaatsgedanken beherrscht. Aufgabe des Staates sollte nur die Rechtswahrung, nicht aber die Rechtsgestaltung sein. Die alte Metternich-Gentz'sche Vorstellung vom "monarchischen Prinzip" erhielt im

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 334

Konservativismus eine neue Gestalt in Stahls Abhandlung "Das monarchische Prinzip" (1845), das die ständisch-konservative Haltung gegenüber dem liberalen Verfassungsstaat umriß.

Zur konservativen Theorie gehörte auch die Anerkennung des Eigentums als eines notwendigen Verfügungsbereichs der Person. Zwar verstand der Konservativismus unter Eigentum nie eine absolute Sachzuständigkeit, sondern stets nur eine Sozialgebundene, aber diese soziale Bindung war doch mehr patriarchalischer Natur (1). Doch setzte sich unter den jüngeren Konservativen, allen voran bei Lorenz v. Stein, wie noch darzustellen ist, die Einsicht durch, daß mit einem sozialen Patriarchalismus die soziale Frage der Industriegesellschaft nicht zu lösen sei. So forderte Stein den monarchischen "Sozialstaat", ein "soziales Königtum", das sich der besitzlosen Klasse annehmen sollte (2).

Victor A. Huber und Hermann Wagner bauten später Steins Lehre weiter aus.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 340

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 340

$\frac{1}{2} \left(\frac{1}{2} + \frac{1}{2} \right) = \frac{1}{2}$

Journal of Management Studies, 19(1), 67-80.

— 177 —

175

1947

[Faint, illegible handwritten notes]

100

Eine weitere Gruppierung innerhalb des Konservatismus stellte die nationalkonservative Gruppe dar, zu deren Hauptvertretern die Historiker Ranke, der General Radowitz und der Gesandte Bunsen, sowie Mitglieder der von Bethmann-Hollweg geführten "Wochenblattpartei" gehörten. Ihr Ziel war die nationalstaatliche Evolution, sie traten für einen föderativen deutschen Nationalstaat ein (1), einen Verfassungsstaat angelsächsischer Prägung. Für die Ausprägung des konservativen Rechtsstaatsgedankens hatte diese Gruppe nur eine untergeordnete Bedeutung. Das gleiche trifft für eine andere konservative Gruppierung, die sogenannten "Staatskonservativen" zu, die eigentlich Vertreter des spätabolutischen Staatsprinzips waren, Anhänger einer staatlichen Omnipotenz (2). Ihr gehörten bedeutende Vertreter aus dem preußischen Offizierkorps und der Beamtenschaft an, unter ihnen der Minister Otto v. Mantteuffel und der General von Griesheim

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 342/
343

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 344

Die konservative Bewegung entzieht sich einer exakten Definition in viel stärkerem Maße der Liberalismus. Sie bringt keine geschlossene Schule hervor, sondern bleibt in sich einfältig und verschiedenartig (1).

Der Konservativismus ist die Reaktion auf die Aufklärung und steht sich als bewußte Abkehr vom abstrakten und formalen Rationalismus und seinen Ausflüssen: Absolutismus und Liberalismus, die der Konservativismus auf den gleichen Ursprung zurückführt.

Die konservative Bewegung beschränkt sich nicht darauf, bedrohte Positionen zu erhalten oder verlorengegangene wiederzugewinnen, wenn sie von Restauration spricht. Ihr Ziel ist die Rückkehr in den wahren Grund der Dinge (2).

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 127

(2) Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. II,
S. 306

Für die Staatsrechtslehre bedeutet das die Abkehr von der vernunftrechtlichen Methode hin zu einer sachlich- zweckbezogenen- ganzheitlichen (1). S a c h b e z o g e n ist die Methode deshalb, weil sie den Staat als soziale und historische Einrichtung in ihrer konkreten Wirklichkeit akzeptiert. Z w e c k b e z o g e n zeigt sie sich, indem sie ihr Denken an bestimmten politischen Grundvorstellungen und Leitbildern ausrichtet, die sie bei der Beurteilung konkreter Probleme zugrundelegt. G a n z - h e i t l i c h ist sie deshalb, weil sie, anders als die vernunftrechtliche Methode, die Dinge in ihrer Gesamtheit sieht, nicht nur unter einzelnen Aspekten, also die Totalität der Betrachtung einer Analyse vorzieht.

Entscheidend geprägt wurde diese Haltung von zwei geistigen Bewegungen: der politischen Romantik und der Staatsphilosophie Hegels (2).

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 127/128

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 126

a) Die politische Romantik (Adam Müller)

In Deutschland entstand die konservative Theorie auf dem Boden der politischen Romantik. Deren Vorkämpfer war insbesondere Adam Müller mit seinem Werk "Elemente der Staatskunst" (1). Mit der scharfen Absage an die Uniformität der absoluten Vernunftideale verband er eine Hinwendung zur Geschichte und lehrte, die Dinge aus ihrem Werden zu begreifen: "Das Lebendige in seiner Ganzheit und Fülle ..., in seiner geschichtlichen Entwicklung und Vielfalt wurde Gegenstand des geistigen Interesses"(2).

Das bedeutet für die Betrachtung des Staates: "Die Elemente der Staatskunst sollen ... nicht als das Eigentum einer zersetzenden Analyse, die das Ganze der Staatswissenschaft in seine Teile zerlegt, sondern als die geist- und lebenserfüllte Beschreibung der Wechselwirkungen aller Teile, wie sie zum Ganzen zusammenwirken, erscheinen. Der Staat soll

(1) Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. II
S. 328

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 126

in seiner vollen Totalität dargestellt werden" (1).

Damit wird die vernunftrechtliche Begriffsanalyse abgelehnt, die sorgfältig analysierende, peinlich abgrenzende und zerlegende Verstandesarbeit wird verworfen. Die politische Romantik ist darauf bedacht, die menschlichen Gemeinschaftsverhältnisse organisch vom Ganzen her und in sinnvollem Zusammenhang aller Glieder zu begreifen. Das geschieht in einer romantisch-gefühlsbetonten Form, die sich zur Erreichung ihrer sachlichen Ziele nicht scheut, polemisch zu argumentieren, etwa bei der Charakterisierung der Lehren Montesquieus: "Der Fehler Montesquieus, sowie aller Naturrechtler liegt darin, daß sie als echte Vertreter einer Verstandeskultur irreligiös sind, d. h. es fehlt ihnen die heilige Scheu vor dem, was Sitte, Gebräuche und Geschichte in der langen Entwicklung eines Volkes geschaffen haben. Sie sind Verstandes-

(1) Müller, Elemente der Staatskunst,
Vorrede

künstler, Staatskonstrukteure, aber der Sinn für das wahre Leben in einem Staat fehlt ihnen. Politische Klugheit und kalter Verstand werden dem, was sich in der Geschichte der Staaten und im Leben der Völker offenbart, nicht gerecht" (1).

Hier zeigt sich die betonte A b k e h r v o m N a t u r r e c h t und die Berücksichtigung metaphysischer Gesichtspunkte. Die liberale Vertragstheorie, das Begreifen des Staates als ein Übereinkommen von Individuen, wird scharf abgelehnt. Es gibt keinen festen Begriff vom S t a a t : "Der Staat und alle großen menschlichen Angelegenheiten haben das an sich, daß ihr Wesen sich durchaus nicht in Worte oder Definitionen einwickeln oder einpressen läßt. Jedes neue Geschlecht, jeder neue große Mensch gibt ihnen eine andere Form, auf welche die alte Erklärung nicht paßt. Solche steife, ein für allemal abgefaßte Form, wie die gemeinen Wissenschaften vom Staate, vom Leben, vom Menschen umherschleppen und feilbieten, nennen

(1) Müller, Elemente der Staatskunst, Vorrede

1. 1910

2. 1911

3. 1912

4. 1913

5. 1914

6. 1915

7. 1916

8. 1917

9. 1918

10. 1919

11. 1920

12. 1921

13. 1922

14. 1923

15. 1924

16. 1925

17. 1926

18. 1927

19. 1928

20. 1929

21. 1930

22. 1931

23. 1932

24. 1933

25. 1934

wir: Begriffe. Vom Staat aber gibt es keinen Begriff" (1).

An die Stelle des Begriffs tritt die Idee: "Das nun ist die Gewalt der lebendigen Idee und ihr erhabener Sieg über den toten Begriff! In einer ganz veränderten Welt ... findet sie sich auf der Stelle wieder; das Chaos selbst kann sie nicht verwirren: denn sie trägt die Seele aller Ordnung, den Mut des wahren Regierens, unüberwindlicher und unauslöschlicher in sich, als die eigene Lebensflamme. Indes zerreibt sich der trockene Begriff unter den Stößen der Zeit ... Die Idee ist aber ewig, denn sie ist, sie lebt" (2). Idee ist für die Romantik Einheit und Wirklichkeit im Gegensatz zu der zergliedernden Analyse, die über den Teilen das Ganze vergißt.

Der Staat ist keine künstliche, mechanische Konstruktion" deshalb gibt es keine Frage

(1) Müller, a. a. O., S. 15

(2) Müller, a. a. O., S. 18

nach dem Zweck des Staates. Jeder Staat hat seinen Zweck in sich selbst. "Ist der Staat bloß eine erfundene Maschine zu einem bestimmten Zwecke, z. B. der allgemeinen Sicherheit, eine Mühle, welche die verräterischen und räuberischen Leidenschaften kurz und klein mahlt, daß sie unschädlich werden und dem öffentlichen Besten dienen: so würde ja, wenn eines morgens das sündhafte Geschlecht der Menschen plötzlich moralisch und wohl-erzogen erwachte, die ganze Maschine überflüssig geworden sein" (1).

Stattdessen ist "die Zusammensetzung eines Staates ... etwas so Großes, Mannigfaltiges **und** Unergründliches, daß die Eilfertigkeit und der Leichtsinn, womit das Studium desselben gegenwärtig, besonders in Deutschland getrieben wird, billig befremden muß ..." (2). Denn: "Der Staat ruhet ganz in sich; unabhängig von menschlicher Willkür und Erfindung kommt er unmittelbar und zugleich

(1) Müller, a.a.O., S. 30

(2) Müller, a.a.O., S. 3

mit dem Menschen eben daher, woher der Mensch kommt: aus der Natur: aus Gott, sagten die Alten" (1).

Es geht der politischen Romantik darum, Individuum, Gesellschaft und Staat in einen organischen Lebenszusammenhang zu stellen. Es gibt keinen Gegensatz von Staat und Gesellschaft oder von Staat und Individuum, sondern nur die große Lebensgemeinschaft Staat, die alle Interessengegensätze versöhnt

So ist die romantische Staatsauffassung
o r g a n i s c h , gekennzeichnet durch
drei Eigenschaften:

1. der Staat ist E n t w i c k l u n g ,
d. h. er ist als Ganzes in dauernder innerer
Wandlung begriffen und kann sich nur in der
Zeit entfalten, sein Wesen nur in seiner
Geschichte, im Wachsen und Werden;

(1) Müller. a. a. O., S. 34

2. er ist T o t a l i t ä t , d. h. das Ganze hat den Vorrang vor den Teilen und diese können nur im Zusammenhang aller Teile begriffen werden: "Der Staat ist die Totalität der menschlichen Angelegenheiten, ihre Verbindung zu einem lebendigen Ganzen" (1).

3. der Staat ist B e w e g u n g , also ein in ihrem ständigen Wechsel zu begreifende Ordnung: "In der Bewegung also vor allen Dingen will der Staat betrachtet sein ... " (2).

Alle diese Elemente des Staates kommen in Müllers S t a a t s b e s c h r e i - b u n g zum Ausdruck: " ... der Staat ist eine nicht nur bloße Manufaktur, Meierei, Assekuranzanstalt oder merkantilistische Sozietät; er ist die innige Verbindung der gesamten physischen und geistigen Bedürfnisse

(1) Müller, a. a. O., S. 36

(2) Müller, a. a. O., S. 4

des gesamten physischen und geistigen Reichtums des gesamten inneren und äußeren Lebens einer Nation, zu einem großen energischen, unendlich bewegten, lebendigen Ganzen" (1).

Aus der Staatslehre ergibt sich die Rechtslehre. Da steht im Gegensatz zu dem Aspekt des Liberalismus, der den Staat als Produkt des Rechts begreift. Das Recht muß wie der Staat als Idee erscheinen, als Interesse der Gesamtheit und Ausgleich der Einzelinteressen nicht als abstrakter Begriff. Aus dieser Haltung heraus wird das Römische Recht als typisch rationalistisch-starres Begriffsrecht betrachtet im Gegensatz zum persönlichen, genossenschaftlich-flexiblen deutschen Recht. Die Rezeption des Römischen Rechts wird abgelehnt.

Das Recht ist "der Inbegriff der in der Geschichte eines Staates in Wechselwirkung mit allen anderen Volkskräften sich darstellenden Entwicklung" (2).

(1) Müller, a. a. O., S. 28

(2) Müller, a. a. O., S. 38

Indem die Romantik den Rationalismus überwindet, die geschichtlichen Zusammenhänge erschließt und lehrt, die Dinge aus ihrem Werden zu begreifen, wird sie "eine Führerin zum Realismus" (1). Diese Leistung wird zur Voraussetzung der sach- und zweckbezogenen Methode, die, was noch nachzuweisen sein wird, die konservative Richtung der deutschen Staatsrechtslehre bestimmt.

b) Der Einfluß der Staatsphilosophie Hegels

Die Philosophie Hegels wird der andere Wegbereiter der sachlich- zweckbezogenen Methode im Staatsdenken (2). Hegel kritisiert die Aufklärung, der er vorwirft, Wirklichkeit und äußere Erscheinung zu Unrecht gleichgesetzt

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 126; Schnabel, Bd. 1, S. 236 f.; Bd. 3, S. 31 f

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 126

zu haben (1). Die Entfaltung der Weltvernunft sieht er im Werden der Welt sich verwirklichen und deshalb lehnt er ein abstraktes Vernunftideal ab.

Insofern erscheint es gerechtfertigt Hegels Denkansatz als konservativ zu bezeichnen; obwohl es ein einheitliches Hegelbild in der Wissenschaft bis heute nicht gibt (2). Immerhin steht fest, daß Hegels sachlich-methodischer Ansatz unentbehrlich für das rechte Verständnis des konservativen Staatsdenkens in Deutschland bleibt.

(1) Hegel, Philosophie des Rechts, Differenz des Fichte'schen und Schelling'schen Systems der Philosophie, Vorerinnerung S. 4/5
zit. bei Böckenförde a. a. O., S. 127
Fußnote 3

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 127/133
Huber, Verfassungsgeschichte II,
S. 329/330
Ritter, Hegel und die Französische Revolution

Hegel versucht, den S t a a t "als ein in sich Vernünftiges zu begreifen" (1).

Doch sieht er ihn im Unterschied zu den vernunft-rechtlichen geprägten Liberalen nicht als abstrakte Konstruktion, sondern will seine Wirklichkeit erfassen: "Das, was ist zu begreifen, ist die Aufgabe der Philosophie, denn das, was ist, ist die Vernunft ... Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig" (2).

Damit setzt sich Hegel nicht nur im Gegensatz zur Aufklärung, sondern auch zur Romantik. Deswegen wird seine Philosophie von einem Teil der Konservativen als Produkt des Rationalismus mißverstanden und bekämpft (3).

Hegel sieht den Staat wie die Natur als vernunftdurchwaltet an. So wie die Natur in sich eine immente Gesetzlichkeit und Harmonie trägt, so auch der Staat, der er als Gebilde

(1) Hegel, Philosophie des Rechts, S. 33/34

(2) Hegel, Vorrede zur Philosophie des Rechts
S. 33

(3) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 332

der sittlichen Welt versteht (1). Dem liegt Hegels Lehre vom objektiven Geist zugrunde. Als Bewußtsein ist der Geist subjektiv. Im sozialen Bereich entfaltet er sich zu eigenen Welten überindividueller Gestalt, als welche das Recht, die Moralität des Gewissens und die Sittlichkeit abgehandelt werden. Unter Sittlichkeit versteht Hegel die zur vorhandenen Welt gewordene Freiheit, die Institutionen der Familie, der Gesellschaft und des Staates. Die höchste Form des objektiven Geistes ist der Staat (2). Auch im Staat kommt ein vernünftiges Prinzip zum Ausdruck: er trägt das Wahre in sich (3).

Aus dieser Argumentation Hegels geht hervor, daß es ihm nicht um ein Erfassen vordergründiger Realität geht. Er betont die sittliche Macht des Geistes, die die Wiedergeburt

(1) Hegel, Vorrede zur Philosophie des Rechts, S. 23, 24

(2) Hegel, Vorrede zur Philosophie des Recht, S. 33 ff.

(3) Hegel, Vorrede zur Philosophie des Rechts., S. 23, 24

Deutschlands ermöglicht habe, und sich so als Macht der Wirklichkeit erwiesen habe. Was Hegel in der Wirklichkeit des Staates seiner Zeit sucht, ist nicht das Zufällige und Vorübergehende der zeitlichen Erscheinung, sondern das Ewige, das sich in der zeitlichen Erscheinung als gegenwärtige, doch entwicklungsbedürftige Existenz offenbart (1). Insoweit denkt Hegel " m e t a p h y - s i s c h " (2) wie die politische Romantik.

Zugleich argumentiert er g e s c h i c h t - l i c h ; denn das Vernünftige ist nicht zeitlos gleichbleibend, sondern seine Entfaltung unterliegt einem d i a l e k t i - s c h e n Prozeß, zu dem die historische Entwicklung parallel läuft, wobei die gegensätzlichen Momente in einer S y n t h e s e zusammengefaßt und versöhnt werden (3). Der Staat hat, je nach dem Stand seiner historischen Entwicklung, seine eigene Vernunft.

(1) Huber, Bd. II, S. 330

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 134

(3) Hegel, Philosophie des Rechts,

§§ 1, 273

Die Verknüpfung metaphysischen und historischen Denkens führt dazu, daß Hegel nicht nur zu prinzipiellen, sondern auch zu konkreten Ergebnissen gelangt (1). Auf den Staat bezogen bedeutet das: der im 19. Jahrhundert bestehende Dualismus von Staat und Gesellschaft wird gesehen und aus dieser Erkenntnis heraus versucht, die Staatwirklichkeit zu erfassen.

Diesen Dualismus will Hegel überwinden, und zwar mittels der von ihm entwickelten dialektischen Methode. S t a a t und G e - s e l l s c h a f t erscheinen ihm als zwei geistige Ordnungsprinzipien des Soziallebens (2), die notwendig aufeinander bezogen sind, auch wenn jede in verschiedenen Lebenszusammenhängen ihre Wirklichkeit und konkrete Gestalt gefunden hat. Beide zusammengefaßt bilden die ganze Staatswirklichkeit.

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 134

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 135

Die Gesellschaft als Ordnungsprinzip dient der allgemeinen Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse der Individuen. Sie ist ein zweckmäßiges System zur Verfolgung privater Interessen, das nicht in sich selbst ruht. Hegel nennt sie ein "System der Atomistik" (1) und charakterisiert damit die emanzipierte Vertrags- und Erwerbsgesellschaft des bürgerlichen Zeitalters. Daraus kann sich nach Hegels Ansicht **nur** ein "Not- und Verstandesstaat", ohne Bezug auf überindividuelle Interessen, also der liberale Staat, entwickeln. Die staatlichen Funktionen dienen gesellschaftlichen Aufgaben, zu denen die Rechtspflege und die Gesetzgebung zu zählen sind (2).

Der Staat als Ordnungsprinzip dient der Verwirklichung des Allgemeinen als einer übergeordneten objektiven Ordnung. Nur der

(1) Hegel, System der Philosophie, Teil 3,
§ 541, S. 416/417

(2) Hegel, System der Philosophie, Teil 3,
§ 532

Staat ermöglicht dem einzelnen die Entfaltung zu seiner "Objektivität und Wahrheit" (1).

Er wird dadurch zur konkreten Allgemeinheit, die den einzelnen als Moment in sich aufhebt.

Für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft ergibt sich daraus, daß der Staat die Voraussetzung der Gesellschaft ist, nicht ihr Resultat. Nur wenn die Gesellschaft im Staat aufgehoben ist, darf sie ihre individualistische Zwecksetzung entfalten, ohne daß Anarchie entsteht (2).

Die staatliche Verfassung und die staatlichen Funktionen werden von diesem Standpunkt aus als Mittel begriffen, durch die sich das Allgemeine, also der Staat, in der Gesellschaft Geltung verschafft. So wird das staatliche Prinzip mit den gesellschaftlichen Kräften zusammengeführt, verklammert und in einem dialektischen Prozeß versöhnt.

(1) Hegel, Philosophie des Rechts, § 258,
S. 329

(2) Hegel, Philosophie des Rechts, § 256,

Hegel bejaht das Prinzip einer Gewaltengliederung (1).

Diesem entspricht der wesensgemäßen Bestimmtheit des Staates als konkreter, das Besondere in sich aufhebender Allgemeinheit. Daraus ergibt sich, daß eine Gewaltentrennung nicht infragekommt, denn bei ihr gäbe es keine Synthese, wäre eine ideale, dialektisch gewonnene Einheit nicht möglich. Die Gewalten sind funktionell aufeinanderbezogen. Das bedeutet ein Ineinanderübergreifen, das ein organisches Zusammenwirken sichert (2).

Innerhalb der Gewaltengliederung unterscheidet Hegel drei Funktionen: die gesetzgebende, die fürstliche und die Regierungsgewalt. Die beiden Gewalten, gesetzgebende und regierende, sondern sich in das Allgemeine und Besondere, stehen sich also gegensätzlich gegenüber, werden jedoch von der fürstlichen Gewalt zu einer Synthese zusammengeführt. Deshalb ist die fürstliche

(1) Hegel, a. a. O., § 272, S. 368

(2) Hegel, a. a. O., § 272, S. 368/369

Gewalt keine echte Staatsfunktion, sondern das spezifisch Staatliche: die S o u v e - r ä n i t ä t (1).

Die staatlichen Funktionen sind auf ihre Träger Volk, Beamte und König hin ausgerichtet. Die fürstliche Gewalt ist die übergeordnete Einheit, die die beiden anderen voraussetzt. Hier wird ein dialektischer Prozeß sichtbar, denn jede Gewalt verkörpert ein staatliches Prinzip, das aristokratische, das demokratische und das monarchische, die so zu einer Synthese gebracht werden (2).

Inhaltlich gliedert Hegel die staatliche Tätigkeit in zwei Funktionen:

1. die gesetzgebende, mit der Aufgabe, "das Allgemeine zu bestimmen und festzusetzen" (3). Sie spricht allgemeine Ordnungen und Regeln aus.

(1) Hegel, a. a. O., § 275, S. 377.

(2) Hegel, a. a. O., §§ 301-303, S. 408 ff

(3) Hegel, a.a. O., § 273, S. 371

2. die Regierungsgewalt, mit der Aufgabe, "die Subsumtion der besonderen Sphären und einzelnen Fälle unter das Allgemeine" (1) vorzunehmen. Darunter versteht Hegel vorwiegend die Wahrnehmung materieller Verwaltungsfunktionen, die Regelung von Einzelfällen. Ihr stehen Rechtsetzungsbefugnisse in Form der Verordnungsgewalt zu (2).

Während die gesetzgebende Gewalt (Volk) den gesellschaftlichen Kräften offensteht, sind diese von der Regierungsgewalt (Beamte) ausgeschlossen. Hegel rechtfertigt das damit, daß es für die Beamtentätigkeit allein auf die persönliche Qualifikation ankommt (3). Die Gesetzgebung ist der Regierung gegenüber höherrangig, weil sie das Allgemeine gegenüber dem Besonderen verkörpert.

Zusammengefaßt ist festzustellen, daß Hegels Staatsphilosophie die Konservativen dazu befähigt hat, die eigentlichen Sachprobleme

(1) Hegel, a. a. O., § 273, S. 371

(2) Hegel, a. a. O., § 299, S. 405/405

(3) Hegel, a. a. O., §§ 291-294, S. 399 ff

staatlicher Ordnung konkreter zu erfassen und dadurch zu ihrer Lösung beizutragen. Hegel hat insbesondere den Dualismus von Staat und Gesellschaft erfaßt und versucht, ihn systematisch zu überwinden. Daran konnte die konservative Staatsrechtslehre anknüpfen (1).

2) Staat und Gesellschaft (L. von Stein)

Stein will wie Hegel die staatspolitische Wirklichkeit erfassen und darauf sein Staatsdenken aufbauen (2). Deshalb entwirft er auch keine Staats- und Verfassungstheorie, sondern entwickelt seine Vorstellungen vom Staat im Rahmen einer Verwaltungslehre. Hier begründet er eine Verwaltungsrechtswissenschaft, in die er historische, volkswirtschaftliche, finanzwissenschaftliche und juristische Überlegungen einbezieht (3). Die besondere Aufmerksamkeit Steins gilt zunächst dem Verhältnis von Staat und Gesellschaft. Der Bedeutung der Beziehungen beider wird

(1) Böckenförde, Gesetz S. 145

(2) Böckenförde, Gesetz S. 145

(3) Wolf, Rechtsdenken, Nachwort S. 45

er sich unter dem geistigen Einfluß der sozialistischen Bewegung in Frankreich bewußt. Dort erlebt er das Scheitern der revolutionären Bewegung in Paris und später das der Märzrevolution in Deutschland. Das Forschen nach den Gründen dafür läßt ihn erkennen, daß die staatspolitische Wirklichkeit vom Dualismus des (monarchischen) Staates und der (bürgerlichen) Gesellschaft bestimmt wird (1).

Stein untersucht zunächst die in der Gesellschaft wirksamen Kräfte und Gesetzmäßigkeiten. Deshalb erhalten alle seine Fragestellungen einen soziologisch bestimmten Charakter.

Sie führen über die von Hegel entwickelten Vorstellungen hinaus zu einer geisteswissenschaftlichen Soziologie (2).

Stein definiert die Gesellschaft als die Vielheit von einzelnen (3). Dabei geht er von

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 145

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 145

(3) Stein, Verwaltungslehre, S. 15

der Grundannahme aus, daß der einzelne Mensch für sich allein nicht existieren und sich nicht entfalten kann. Zur Entfaltung seiner Persönlichkeit benötigt der Einzelmensch lebensnotwendig die Gemeinschaft seiner Mitmenschen, die Vielheit von einzelnen. Doch innerhalb dieser Vielfalt kann er sich nur behaupten, wenn er nicht den egoistischen Neigungen und Wünschen seiner Mitmenschen schutzlos ausgeliefert ist. Die Gemeinschaft bedarf zu diesem Schutz einer Ordnung. Diese Ordnung ist der Staat. Stein definiert ihn als geordnete, "zur Persönlichkeit, also zu persönlichem Wollen und Handeln erhobene Gemeinschaft der Menschen" (1). Die Definitionen Steins von Staat und Gesellschaft enthalten beide den Begriff des einzelnen. Durch den Einzelmenschen sind Staat und Gesellschaft verbunden. Stein kommt zwar zu der Ansicht, daß Staat und Recht ein Ausfluß der jeweiligen Gesellschaftsordnung sind und diese durch die Gestaltung und Entwicklung des ihr eigenen inneren Lebens das ihr gemäße Staats- und Rechtssystem aufbaut (2).

(1) Stein, Verwaltungslehre, S. 15

(2) Stein, Verwaltungslehre, S. 3

Staat und Recht können also je nach der ihnen vorgegebenen Gesellschaftsordnung verschiedene Begriffsinhalte haben. Staat und Recht sind auch nur zu erfassen, wenn die Veränderungen und Bewegungen der Gesellschaft richtig analysiert und gedeutet werden. Stein bedient sich dazu der Hegelschen Philosophie und ihrer dialektischen Methode (1). Entscheidend aber bleibt für ihn die Feststellung, daß der Staat stets personalen Charakter hat. Diese Feststellung ergibt sich aus seiner Definition des Staates. Denn wenn der Staat eine Gemeinschaft, also die Summe von vielen Einzelpersönlichkeiten ist, dann muß er selbst eine Persönlichkeit sein. Dann besitzt er wie der einzelne einen eigenen Willen und die Fähigkeit, danach zu handeln (2). Stein sieht also den Staat nicht als Vertragsgesellschaft, als bloßes Faktum oder Objekt menschlichen Gestaltens, sondern als lebendige organische Persönlichkeit (3).

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 146

(2) Stein, Verwaltungslehre, S. 15

(3) Stein, Verwaltungslehre S. 20, Stein
Verwaltungslehre S. 20

Die enge Beziehung von Staat und individuellem bringt es mit sich, daß beide einander beeinflussen. So greift der Staat, um ein gedeihliches Zusammenleben aller zu sichern, in das Leben des einzelnen ein. Das geschieht zwar in der Regel nur auf wirtschaftlichem Gebiet, um das Güterleben, Arbeit und Kapital, zu organisieren, aus denen sich die Abhängigkeiten der Gesellschaftsklassen ergeben. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen der Staat aus Gründen, die dem Einzelwohl übergeordnet sind, in die Sphäre des einzelnen eingreift. Diese Eingriffe sind aber an strengere gesetzliche Voraussetzungen zu knüpfen, denn das eigenständige Leben des einzelnen darf niemals aufgehoben werden, weil das den Staat verabsolutieren müßte (1). Der Staat kann und darf sich aber nur in demselben Maße fortentwickeln wie der einzelne. Seine vornehmste Aufgabe ist, "das Fortkommen, den Reichtum, die Kraft und die Intelligenz aller Einzelnen durch seine höchste Gewalt anzustreben und also der notwendigen gesellschaft-

(1) Stein, Verwaltungslehre, S. 15

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

lichen Ungleichheit durch die staatsbürgerliche Gleichstellung entgegenzuwirken" (1).

Diese Aufgabe ist ausgerichtet an der zur soziologischen Realität gewordenen Gesellschaft und steht im Gegensatz zu einer nur auf das Gemeinwohl bedachten Ordnung (2).

Der Staat Steins ist die Ordnung der staatsbürgerlichen Gesellschaft, in der das Individuum das Subjekt des gesellschaftlichen Lebens ist. Er muß den Willen der Bürger förmlich in sich aufnehmen und so die Entfaltung der Person und ihre Würde sichern (3). Andererseits muß er sich über die Vielzahl von Einzelinteressen notfalls hinwegsetzen, wenn sich diese nur des Staates bedienen wollen, um ihre Herrschaftspositionen zu erweitern. Er muß stets die neutrale Instanz bleiben, die bestrebt ist, die Einzelinteressen in Einklang mit dem Gesamtinteresse zu bringen (4). Wird er dieser Rolle

(1) Stein, Verwaltungslehre, S. 25

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 148

(3) Stein, Verwaltungslehre, S. 25

(4) Stein, Verwaltungslehre, S. 20

gerecht, dann sichert er dadurch die Freiheit der Gesellschaft vor dem Chaos des Kampfes aller gegen alle.

Die Gliederung der staatlichen Funktionen bestimmt sich in Analogie zu den Grundverhältnissen des einzelnen (1). Der einzelne ist mit einem bestimmten Willen ausgestattet, der sich durch die Tat verwirklicht. Beim Staat entspricht der willentlichen Selbstbestimmung der Persönlichkeit die vorausschauende Planung. Sie äußert sich in der Gesetzgebung. Der verwirklichenden Tat entspricht der Vollzug der Planung durch die Exekutive. (2).

Auf die Gesetzgebung haben alle Faktoren des Staatslebens Einfluß. Die Teilnahme des Volkes und damit der gesellschaftlichen Kräfte an ihr ist Ausdruck der prinzipiellen staatsbürgerlichen Freiheit, die Volkszustimmung das bestimmende Kennzeichen des Gesetzes (3).

(1) Stein, Verwaltungslehre, S. 27

(2) Stein, Verwaltungslehre, S. 20

(3) Stein, Verwaltungslehre, S. 20

Auch die regierende Gewalt, Staatsoberhaupt und Regierung, üben durch ihre Zustimmung oder ihr Veto zu Gesetzen Einfluß auf die Legislative aus. Der Volksvertretung als Gesetzgeberin fällt nicht so sehr die Aufgabe zu, durch Gesetze das gesamte Staatsleben unter ihre Herrschaft zu bringen, sondern vielmehr der Ort des Ausgleichs zu sein zwischen dem staatlichen Ordnungsanspruch und den gesellschaftlichen Wünschen nach einem ungehinderten Austragen von Einzelinteressen (1).

Die vollziehende Gewalt liegt allein beim Staatsoberhaupt und der Regierung (2).

Während die Gesetzgebung die Lebens- und Verfassungsordnung der staatlichen Gemeinschaft aufstellt, fällt der vollziehenden Gewalt die Aufgabe zu, die Ordnung des Soziallebens zu gewährleisten (3). Stein will die Exekutive der Legislative gegenüber stärken, denn in dieser sieht er die Kräfte der

(1) Stein, Verwaltungslehre, S. 20

(2) Stein, Verwaltungslehre, S. 19

(3) Stein, Verwaltungslehre, S. 20

Gesellschaft wirken mit ihrem Bestreben, den gesamten Staat ihren egoistischen Zwecken dienstbar zu machen. Innerhalb der Exekutive beschäftigt sich Stein besonders mit der Verwaltung und ihren Problemen. Verwaltung ist die tätig werdende Verfassung des Staates (1). Hier taucht wieder die Unterscheidung von Wille und Tat auf. Der Begriff der Tat enthält den Prozeß, durch den die Persönlichkeit ihre absolute Selbstbestimmung über alles das ausdrückt, was außerhalb ihrer selbst liegt. Wenn der Staat nun tätig wird, so verwaltet er aber deshalb noch nicht. Dazu muß aus dem bloßen Tätigsein erst eine zielgerichtete Arbeit werden (2). Die Idee der staatlichen Verwaltung ist deshalb die Idee des zielgerichtet arbeitenden Staates. Der Inhalt dieser Arbeit gilt niemals dem Staat selbst, sondern stets der Gesamtheit der Bedingungen für die individuelle Entwicklung aller Bürger, deren Gemeinschaft der Staat ist (3). Auch das Setzen von Recht ist

(1) Stein, Verwaltungslehre, S. 8

(2) Stein, Verwaltungslehre, S. 23/24

(3) Stein, Verwaltungsrecht, S. 25

staatliche Tätigkeit und damit Verwaltung im weitesten Sinn. Aus ihm wiederum folgt das Recht der Verwaltungsorgane, in die Sphäre des einzelnen einzugreifen (1). Verwaltungsrecht ist also die Gesamtheit derjenigen Bestimmungen der gesetzgebenden Gewalt, die den Organismus der tätigen Verwaltung und ihr Handeln zum geltenden Recht erheben (2). Vom Verfassungsrecht unterscheidet es sich dadurch, daß es das Recht des Staates gegenüber den einzelnen in all ihren Lebensverhältnissen bestimmt und damit die rechtliche Grenze zwischen Staat und Bürger festlegt. Das Verfassungsrecht stellt demgegenüber die zum geltenden Recht erhobene Ordnung fest, an der der einzelne teilnehmen und mitwirken darf (3). Innerhalb des Verwaltungsrechts unterscheidet Stein noch zwischen Gesetz und Verordnung, die sich nicht in ihrer Wirkung, sondern lediglich durch die Art ihres Zustandekommens voneinander unterscheiden (4). Systematisch ist das Verwaltungsgesetz seinem Ursprung nach dem Staatswillen

(1) Stein, Verwaltungsrecht, S. 26

(2) Stein, Verwaltungsrecht, S. 38

(3) Stein, Verwaltungsrecht, S. 38

(4) Stein, Verwaltungsrechtslehre, S. 29

zuzuordnen, die Verordnung der Staatstätigkeit. Das Bemühen, die Harmonie zwischen diesen beiden Elementen der Staatspersönlichkeit herzustellen, bezeichnet Stein als Verwaltungsrechtspflege (1).

Zusammengefaßt ist festzustellen:

Grundlage der Konzeption Steins vom Staat ist die begrifflich erfaßte Wirklichkeit von Staat und Gesellschaft. Ihr Ziel ist, Gesellschaft und Staat miteinander zu versöhnen, und zwar dadurch, daß der Staat der Garant einer interessenneutralen Ordnung wird, die eine freie Entfaltung der einzelnen in der Gesellschaft erst ermöglicht (2). Die Methode, vermittels der Stein dabei seine Ansichten von Staat und Gesellschaft gewinnt, ist realistisch zu nennen, weil sie stets von der wirklichen, geschichtlich-soziologischen Gestalt des staatlichen Lebens ausgeht und so strukturelle Einsichten ermöglicht,

(1) Stein, Verwaltungsrechtslehre, S. 38

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 158

die zu wirklichkeitsgerechten Ergebnissen führen (1). Die Analyse, die Stein über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft erarbeitet hat, und seine Gedanken über die Aufgabe der Verwaltung und ihre wissenschaftliche Erfassung, haben nicht nur der konservativen Staatslehre grundlegende Einsichten in die Staats- und Verfassungswirklichkeit ermöglicht, sondern darüber hinaus das Augenmerk darauf gelenkt, daß sich der Schwerpunkt der staatlichen Tätigkeit von der Verfassungs- und Gesetzgebung im Parlament auf die Verwaltungstätigkeit der Exekutive zu verlagern begann (2).

3) Der sachlich-zweckbezogene, konservative Staatsbegriff, in seiner besonderen Ausprägung bei Stahl und Gneist

Wenn Hegel den Staat als die "Wirklichkeit der sittlichen Idee (3) definiert, so suchte er den Staat im Bereich der Moralität auf

(1) Böckenförde, Gesetz S. 158

(2) Ellwein, S. 171

(3) Hegel, a. a. O., Seite 33

ihm immanente sittliche Bindungen zu gründen.

Dieser sittlichen Autonomie der Staatlichkeit setzt der Konservativismus

S t a h l s die Idee des "christlichen Staats" entgegen, der seine sittlichen Kategorien der christlichen Moralthologie zu entnehmen hat. Als sittlich-intellektuelles Reich ist der Staat nicht auf die ihm immanente, autonome Sittlichkeit, sondern auf Christlichkeit gegründet (1).

In der Konsequenz ergibt sich für die universalgeschichtliche Auffassung des Konservativismus, wie sie etwa Heinrich L e o (2) vertritt, der Gedanke der "Uranfänglichkeit" des Staates, seines unmittelbaren Gegründetseins in der göttlichen Schöpfungsordnung, und daraus der Primat des geistlichen Rechts vor dem staatlichen. Der "christliche Staat" wird in dieser Übersteigerung, etwa bei Erns L u d w i g v o n G e r l a c h (3), zur Theokratie.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte Bd.II, S. 333

(2) Leo, Studien mit Skizzen zu einer Naturlehre des Staates (1833)

(3) Gerlach, e. L., "Aufzeichnungen aus seinem Leben" (1903)

Demgegenüber wird die Staatsauffassung
R u d o l f v o n G n e i s t s von
Hegels Staats- und Geschichtsphilosophie
beeinflußt, zu der die Gesellschaftstheorie
L o r e n z v o n S t e i n s (1).
Deshalb wohnt dem Denken Gneists ein starkes
konservatives Element inne, auch wenn er im
praktischen politischen Lebens Preußens zu
den führenden Vertretern der nationalliberalen
Partei gehörte.

2) Der Staat als "sittliches Reich der
Menschen" (Stahl

S t a h l will die Wirklichkeit des Staa-
tes nicht in ihrer konkreten, geschichtlich-
soziologischen Gestalt, sondern in ihrer
bleibenden zeitlosen Struktur erfassen.
Schon daraus wird seine Nähe zur politischen
Romantik sichtbar. Es geht um den "Staat
an sich". Er versucht, sein Wesen zu erfassen

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 159

Stein, Verwaltungslehre S. 15

und an diese Erkenntnis sachliche und rechts-
erhebliche Unterschiede zu knüpfen (1). Dem-
entsprechend definiert er den S t a a t
als ein in der Natur des Menschen begründe-
tes Gemeinwesen, das geistig-sittliche Wesen
zu einer geordneten Existenz vereint, als
den "Verband eines Volkes unter einer Obrig-
keit zum Schutz und Pflege aller leiblichen
und geistigen Güter, insbesondere zur Hand-
habung des Rechts und der Gerechtigkeit" (2).

Wenn Stahl von "Verband spricht, so bedeutet
das für ihn auf keinen Fall, daß er den
Staat als Institut des menschlichen Willens,
etwa im Sinne der Vertragstheorie der Natur-
rechtler begreift. Der Staat ist nicht von
Menschen geschaffen, er kann deshalb nicht
durch ein Übereinkommen einzelner Individuen
entstehen. Zwar bleibt der Wille des Menschen
ein wesentlicher Faktor bei der Staatsgrün-
dung, aber er gründet den Staat nicht allein

(1) Stahl, Philosophie, S. 149/150

(2) Stahl, Staatslehre, S. 197

und nicht selbst. Der Staat entsteht auch nicht durch den Volkswillen als Ganzes, denn er ist nicht das Produkt einer zweck- und zielgerichteten Handlung. Ebensowenig entsteht er durch den Geist des Volkes, denn dieser ist nichts als eine Umschreibung des von Gott gesetzten Ethos, das als selbständige höhere Macht die Richtschnur der rechtlichen Entwicklung ist.

Der Staat entsteht durch die geschichtliche Fügung, die ein höherer Faktor als der menschliche Wille ist. Nur sie bringt die unzähligen Taten unzähliger Menschen zu dem Erfolg, daß der Staat überhaupt und in bestimmter Weise entstehen kann (1).

Stahl stellt sich methodisch auf den Boden einer rationalen Metaphysik (2). Der Gedanke des "christlichen Staats" bedeutet nicht bloß die Durchdringung des Staats mit christlicher Ethik. Er bedeutet vielmehr die Gründung des Staats selbst auf göttliche Stiftung

(1) Volz, S. 128

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 169

und die Durchdringung des Staats und der staatlichen Institutionen mit christlichem Glauben. Der Staat ist zwar nicht Theokratie, sondern die Herrschaft wird durch menschliche Organe in selbständiger Weise ohne göttlichen Einfluß vertreten, aber der Staat ist "die Lebensordnung", die Anstalt, die Gott in wunderbarer Weise über die Menschen gesetzt hat (1).

Stahl Staatsbegriff ist personalistisch-theistisch: "Der Staat ist ein lebendiges, persönliches Reich, in dem eine gegebene reale persönliche Macht über freie persönliche Wesen herrschen soll nach konkreten sittlichen Ideen" (2).

Der Staat ist unmittelbar auf den Willen Gottes gegründet und ist ein Ersatz für das durch die Sünde zerstörte ewige Reich Gottes auf Erden. Das Fundament dieses Staates

(1) Stahl, zit. bei Ellwein, S. 83

(2) Stahl, zit. bei Mohl, S. 77

sind die ewigen Wahrheiten der göttlichen Weltordnung. Wie jedes Lebensverhältnis, so beruht der Staat auf dem Plan Gottes für das Menschengeschlecht (1).

Der Staat ist als sittliche Ordnung dem Menschen vorgegeben, er ist keine freigestaltbare Vertragsgesellschaft. Der einzelne ist zwar in den Staat hineingestellt, er steht aber nicht als Subjekt neben oder gar über ihm. Der Staat ist "ein in der Natur des Menschen begründetes Gemeinwesens das geistig-sittliche, selbsthandelnde Wesen zu einer geordneten Gemeinexistenz vereint. Seine Aufgabe ist es nicht, die individuelle Lebensaufgabe des Menschen zu erfüllen, sondern nur sein Gemeinschaftsleben zu fördern und zu ordnen" (2).

aa) Ziel und Begrenzungen des Staates

Stahl unterscheidet zwischen A r t und F o r m des Staates einerseits und seinem G e h a l t und seiner B e d e u t u n g andererseits. Dem Gehalt und der Bedeutung

(1) Stahl, Philosophie, S. 77

(2) Stahl, Philosophie, S. 135, 136

nach ist der Staat das sittliche Reich der Menschen, die sittlich verständige Gestaltung der menschlichen Gemeinschaft in ihr selbst nach all ihren Zuständen, Banden und Zielen (1). Der Staat ist eine Anstalt zur äußeren Ordnung des Gemeinlebens. Das innere Leben und Wollen des Menschen bleibt Sache des einzelnen. Der Staat kann die sittlichen Ideen nicht unbedingt verwirklichen. Denn er darf in die freie Willenssphäre des Individuums nicht eingreifen. Der Staat kann also nicht selbst das vollkommene sittliche Reich sein; das würde voraussetzen, daß der Staat die sittlichen Ideen schlechthin zu verwirklichen hätte. Die Verwirklichung der sittlichen Ideen innerhalb der Sphäre des einzelnen ist "nur Sache Gottes und nicht Sache menschlicher Herrschaft ... " (2).

Der Staat als sittliches Reich der menschlichen Gemeinschaft hat sein letztes Ziel und seinen Grund im Reiche Gottes als dem wahr-

(1) Stahl, Philosophie, S. 77

(2) Stahl, Philosophie, S. 131

haftig vollkommenen sittlichen Reich. Als sittliches Reich muß der Staat die sittlichen Ideen in allen seinen Aufgaben verwirklichen. Diese Aufgaben sind: Schutz und Förderung der Menschen, Vollendung der nationalen Existenz und Handhabung der gebotenen Lebensordnung. Als sittliche Ideen, die zu verwirklichen sind, führt Stahl unter anderem die Gerechtigkeit, die öffentliche Ehrbarkeit, die Reinheit der Familienbände und die christliche Schule auf (1).

bb) Das Wesen der sittlichen Ideen und ihre Verwirklichung

Die sittlichen Ideen sind ihrem Wesen nach Anforderungen an die menschliche Gemeinschaft. "Der Inhalt und das Ansehen alles Sittlichen ist in der letzten Ursache aller Dinge (2), in Gott begründet". Er ist das sittliche Urbild und die sittliche Urmacht. Andererseits

(1) Stahl, Auszug, S. 21

(2) Stahl, Auszug, S. 21

stellt das Sittliche den innersten Wesenskern des Menschen dar. Das Wesen des Sittlichen ist ein Verhältniß zweier persönlicher Willen zueinander, nämlich des ewig Göttlichen und des Menschlich-Kreatürlichen. Dieses Verhältniß wird bestimmt durch das Aufnehmen des göttlichen Willens in den kreatürlichen und bedeutet sowohl die Unterwerfung des kreatürlichen Willens unter das Ansehen des göttlichen, als auch das Erfülltsein mit seiner Beschaffenheit.

Zur Verwirklichung des sittlichen Reiches in der menschlichen Gemeinschaft ist eine sittliche Macht notwendig, die über dem Volke steht: eine **O b r i g k e i t**, die die Durchsetzung der sittlichen Ideen gegebenenfalls erzwingt. Diese Obrigkeit hat als Hüterin der sittlichen Ideen ihren Ursprung im göttlichen Willen. Sie ist nicht vom Volk eingesetzt und kann deshalb nicht vom Volk entmachtet werden. Die Obrigkeit kann das sittliche Reich nicht nach ihrem Gutdünken gestalten. Sie ist an die Gesetze im Staat gebunden. Indem das Volk bei der

Gesetzgebung mitwirkt, nimmt es teil an der Verwirklichung und Gestaltung des sittlichen Reiches der Menschen, das der Staat sein soll. Da der Staat über sittlich-freie Persönlichkeiten herrscht, die er zu respektieren hat, kann er die sittlichen Ideen nur in der Weise des Rechts, d. h. im Rahmen einer auf äußeres Verhalten bezogenen, zuletzt erzwingbaren Ordnung realisieren (1). Er muß sich auf diese äußere Ordnung beschränken und kann seine Gewalt nur begrenzt, als **R e c h t s s t a a t**, ausüben (2).

b) Der Staat als Ordnung der Gesellschaft
(Gneist)

G n e i s t begründet seine Staatsauffassung in erster Linie historisch, wobei er gerade "das wirkliche Staatsleben wissenschaftlich zu erkennen und zugleich die geläuterten Resultate dieser wissenschaftlichen Erkenntnis

(1) Stahl, Auszug, S. 131-154

(2) Stahl, Auszug, S. 135-138

im wirklichen Staatsleben zu realer Geltung zu bringen suchte" (1). Seine Ideen und Lehren sind von dem Problem seiner Zeit, der Zusammenfassung von Staat und Gesellschaft, bestimmt.

Methodisch abstrahiert Gneist aus den Ergebnissen seiner historischen Forschungen im Verfassungs- und Verwaltungsrecht seine Theorien und formuliert sie als allgemeine, staatsrechtliche Postulate (2). Dabei geht er von den englischen Verfassungszuständen aus, die ihm als die Fortsetzung gemeingermanischer freiheitlicher Verfassungsformen erscheinen (3).

Indem er die Rechtsgeschichte niemals um ihrer selbst willen erforscht, sondern diese ihm als das unentbehrliche Mittel zum Verständnis der Gegenwart und als sicherster Wegweiser in die Zukunft dient (4), sind seine Arbeiten nicht unbeeinflusst von bestimmten politischen Absichten (5). Seine praktischen

(1) Preuss, S. 505

(2) Redlich, S. 745

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 37 ff

(4) Gierke, Gedächtnisrede, S. 21

(5) Böckenförde, Gesetz, S. 159

und theoretischen Lehren entwickelt er mit Hilfe einer bestimmten Vorstellung von Staat und Gesellschaft, was gewissermaßen seine axiomatische Voraussetzung ist. Davon sind die Resultate seiner geschichtlichen Forschungen und seine staatsrechtlichen Theorien geprägt (1).

Die Gneist eigene Staats- und Rechtsphilosophie beruht auf der dialektischen Staatsphilosophie Hegels (2), erweitert durch die von Lorenz von Stein auf dieser Grundlage entwickelten soziologischen Auffassungen von Staat und Gesellschaft. Das bedeutet die Übertragung des dialektischen Prinzips auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft als den beiden gegensätzlichen Grundformeln des menschlichen Gemeinschaftslebens (3). Die Lehren Hegels und Steins hat Gneist fast unverändert übernommen, wobei er sich allerdings um einen anderen Ausgangspunkt bemüht.

(1) Redlich, S. 746

(2) Redlich, S. 759; Schiffer, S. 46

(3) Heffter, S. 227

Diesen sieht er in der ökonomisch-sozialen Grundlage, aus der heraus die Menschen leben (1), und zwar mit der für ihn typischen historischen Argumentation (2).

aa) Das egoistische Wesen der Gesellschaft

Den Ausgangspunkt der Untersuchungen Gneists bilden die Wechselbeziehungen von Staat und Gesellschaft. Gneist geht auf die elementaren Eigenschaften der menschlichen Natur zurück. Er meint damit die Doppelnatur des Menschen als animalisches und sittlich-vernünftiges Wesen, worin sich bereits die Grundlage für die beiden Organisationen des menschlichen Zusammenlebens, Staat und Gesellschaft, findet (3). Die animalische Natur begründet seine Verschiedenheit der angeborenen Eigenschaften nach Rasse, Geschlecht und Alter, insbesondere der Verschiedenheiten nach Erwerb und Besitz

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 1/2

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 159

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 8

der äußeren Güter der Natur, auf deren Genuß der Mensch durch unzählige, stetig wachsende Bedürfnisse angewiesen ist. Dazu gehören die Dienstleistungen von Mitmenschen, denn die isolierte Kraft eines einzelnen könnte die Güter nicht auswerten. Der ständige Austausch von Gütern und Dienstleistungen, der das Leben in einer modernen Wirtschaftsordnung erst ermöglicht und bestimmt, führt zwangsläufig zu einer Abhängigkeit der Besitzlosen von den Besitzenden. Das ist für Gneist der "unabänderliche Grundstz der Güterwelt" (1).

Diese Abhängigkeit bildet in jeder Generation feste Schichtungen, die sich durch die Familien von Generation zu Generation fortsetzen. Sie werden zu einer dauernden Ordnung der Geschlechter; Unterschiede bestehen nur hinsichtlich der verschiedenen Besitzformen: Grundbestiz, Kapitalbesitz, Industriebesitz, zu denen noch die geistige Arbeit mit

(1) v. Gneist, Parlament, S. 3

ihren besonderen Lebensbedingungen und Ansprüchen tritt. Dieses Verhältnis des Menschen, seine Beziehung zur Güterwelt,, ist für Gneist die G e s e l l s c h a f t (1).

Da nun das Bestreben jedes einzelnen dahin geht, seine überkommene gesellschaftliche Stellung mindestens zu behaupten, wenn nicht zu verbessern, jede bessere gesellschaftliche Position aber darauf beruht, daß andere von ihr abhängig sind, entsteht im Leben jedes Volkes ein System ständig widerstreitender Interessen: auf der einen . Seite, eine Abhängigkeit herzustellen, zu sichern oder zu vergrößern, auf der anderen Seite, diese Abhängigkeit zu vermindern oder überhaupt von ihr loszukommen (2). Bei dem daraus sich ergebenden ständigen Kampf ums Dasein denkt jeder an sich selbst und seine Klasse, sucht seine Interessen zu verwirklichen. Dieser " Z u g d e r I n t e r e s s e n " (3) kennzeichnet das die

(1) v. Gneist, Selfgovernment, S. 880

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 10

(3) v. Gneist, Selfgovernment, S. 880

Gesellschaft bewegende Prinzip.

Gneist sieht in der Gesellschaft einen selbständigen Organismus, dessen Wesen durch den ständigen egoistischen Kampf der verschiedenen Gruppen und Klassen miteinander geprägt ist.

bb) Das altruistische Wesen des Staates

Die andere Organisation des menschlichen Zusammenlebens ist der S t a a t . Wie die Gesellschaft in dem System der Bedürfnisse des Menschen begründet liegt, so ist der Staat in seiner sittlichen Natur begründet (1). Der S t a a t ist "die höchste dauernde Bestimmung der äußeren Geschichte des Menschen" (2), mit Hegel der "zur organischen Einheit verbundene allgemeine Wille" (3), der einen notwendigen (4), selbständigen Lebensorganismus (5) mit einem einheitlichen, kontinuierlichen

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 28

(2) v. Gneist, Verwaltung, S. 54

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 32

(4) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 165

(5) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 29

Willen (1) darstellt und der das Gemeinwohl als dauerndes Ziel erstrebt (2).

Jeder Bürger gehört nach Geburt, Bildung und individuellen Interessen bereits einer Abteilung der Gesellschaft an, ehe er zur Teilnahme am Staat herantritt. Deshalb kann der Staat nicht außerhalb der Gesellschaft existieren und sein Wesen ist aufgrund der Doppelnatur des Menschen nur in seiner organischen Verknüpfung mit der Gesellschaft zu erfassen. (2).

Demzufolge ist der Staat "ein System öffentlicher Pflichten" (4), die der Bürger in gewohnheitsmäßiger Selbsttätigkeit zu erfüllen hat (5). Der Staat ist der "Inbegriff der bürgerlichen Pflichtgenossenschaften (6). Seine wichtigste Aufgabe besteht darin, für das Leben und Wohlergehen seiner Bürger zu sorgen (7), d. h. die gesellschaftliche und

(1). v. Gneist, Rechtsstaat, S. 10

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 238

(3) v. Gneist, Parlament, S. 2

(4) v. Gneist, Selfgovernment, S. 880

(5) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 318

(6) v. Gneist, Rechtsidee, S. 261

(7) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 105

rechtliche Freiheit der Gesamtheit und des einzelnen zu begründen, zu schützen und zu erhalten (1). Dabei hat er sich allein von objektiven Gesichtspunkten leiten zu lassen und im Hinblick auf die Allgemeinheit zu handeln.

cc) Die Beziehung von Staat und Gesellschaft

Da in jedem Menschen beide Seiten seiner Natur, die sittlich-vernünftige und die animalische, vereint sind, stehen die Organismen Staat und Gesellschaft in ständiger wechselseitiger Verbindung (2). Weil ihr Wesen grundverschieden ist und alle Einrichtungen des Staates mit ihren allgemeinen und weitgesteckten Zielen unabänderlich den nächsten Interessen der Gesellschaft entgegenstehen, führt die bestehende Wechselwirkung zu einem dauernden Gegensatz (3) und ewigen Streit (4).

(1) v. Gneist, Selfgovernment, S. 880

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 2

(3) v. Gneist, Selfgovernment, S. 881

(4) v. Gneist, Verwaltung, S. 62

$$b_1 = \frac{1}{2} \left(\frac{1}{\alpha} + \frac{1}{\beta} \right) \quad b_2 = \frac{1}{2} \left(\frac{1}{\alpha} - \frac{1}{\beta} \right) \quad b_3 = \frac{1}{2} \left(\frac{1}{\alpha} - \frac{1}{\beta} \right)$$

1907

100

der aus sich heraus unlösbar ist (1). In den Staat wird damit ein Element der Unfreiheit getragen (2).

Wohl sucht die Gesellschaft in sich selbst Gegengewichte. In früheren Entwicklungsstufen garantierte die Familienautorität der Ältesten aufgrund einer Art Gewohnheitsrecht die Ordnung des Ganzen (3). Später wurden es die "nur durch Interessen verbundene Vielheit der Einzelnen", die Recht und Freiheit bestimmten. Mit ihren Besitzinteressen trugen sie bereits die Tendenz zu einem ungleichen Maß des Rechts und zur Befestigung dieser Ungleichheit bewußt oder unbewußt in sich (4), so daß die Gegensätze sich noch vergrößerten. Der Mensch vermag zwar gegen seinen Mitmenschen wohlwollend und gerecht zu sein, niemals aber eine gesellschaftliche Klasse im Kampf mit der anderen (5).

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 11/12

(2) v. Gneist, Rechtsidee, S. 12

(3) v. Gneist, Parlament, S. 4

(4) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 10, 11

(5) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 27

Es kann keine Harmonie der Interessen geben. Auch die Idee der Volkssouveränität bleibt ein Schlagwort, da sie in Wirklichkeit die Soveränität der Gesellschaft bedeutet, die weder zur Einigkeit, noch zur bürgerlichen Freiheit gelangt (1), da die Herrschaft nicht dem Volk, sondern nur gewissen herrschenden Schichten des Volkes zufällt. (2).

Der Gegensatz von Staat und Gesellschaft muß im Interesse der Bürger ausgeglichen werden. Das kann nur durch eine besondere Organisation des Staates geschehen.

3. Der konservative Rechtsstaat - eine ethisch-soziale Ordnung

Den konservativen Staatsdenkern ist der Begriff des Rechtsstaates nicht fremd; sie geben ihm aber einen anderen Gehalt als die

(1) v. Gneist, Selfgovernment, S. 880

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 27

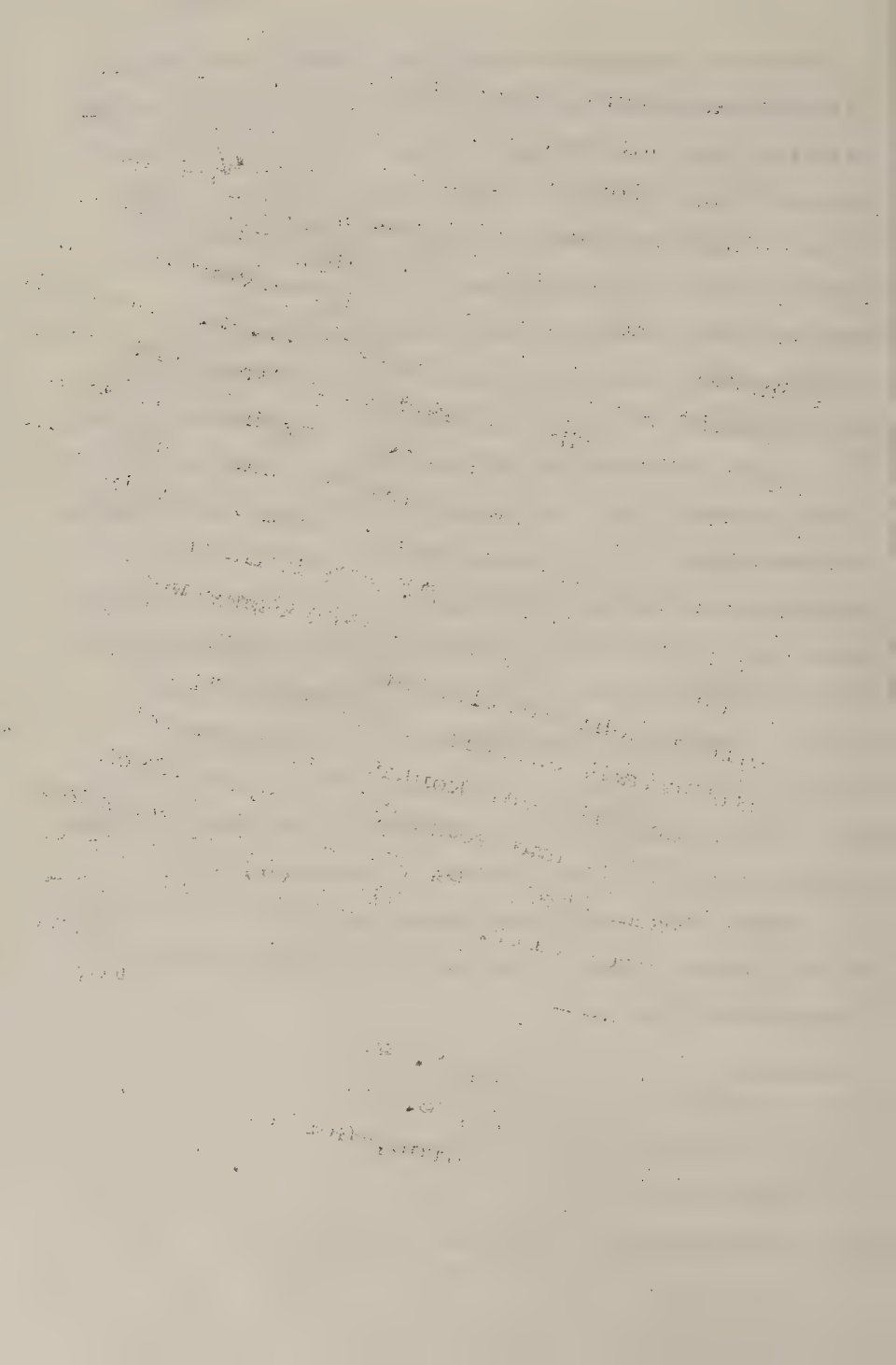
Liberalen. Entsprechend der praktisch-empirischen Methode entspricht die Rechtsstaatsvorstellung nicht mehr dem Verfassungsideal eines bürgerlichen Individualismus in dem Sinne, daß Rechtsstaat und bürgerlicher Rechtsstaat gleichbedeutend wären (1). Man wendet sich ab von reinen Formproblemen hin zur Frage der praktischen Machthandhabung (2). Dieser Wandel bedeutet, daß "aus dem Rechtsstaatsbegriff ... nur mehr die Kennzeichen für den modernen Staat entnommen" werden; das Verfassungsgesetz hat nur noch organisatorischen Charakter und dient nicht mehr in erster Linie dem Schutz der individuellen Freiheit (3). Die Prinzipien der Macht- und Herrschaftsausübung werden nicht mehr zeitlos abstrakt für einen idealen Staat entworfen, sondern "im Sinne einer Erkenntnis der konkreten, geschichtlich gewordenen und soziologisch-politisch bedingten Wirklichkeit des Staates" (4) gegenwärtig festgestellt.

(1) Ellwein, S. 25

(2) Ellwein, S. 26

(3) Ellwein, S. 26

(4) Böckenförde, Gesetz, S. 132



Übereinstimmender Leitgedanke ist dabei, einerseits der bürgerlichen Gesellschaft Anteil am Staat zu geben, andererseits die Autonomie dieses Staates gegenüber Gruppen und Interessen zu wahren (1).

a) Die Stahl'sche Formel

Wenn es die Aufgabe des Staates als sittliches Reich des Menschen ist, die sittlichen Ideen zu verwirklichen, dann kann er das nur durch eine erzwingbare Ordnung (2). Für S t a h l ist es selbstverständlich, daß diese Ideen, wenn sie das Attribut "sittlich" verdienen, nicht unbedingt, sondern nur in der Weise des Rechts Geltung verschafft werden darf (3).

Von daher definiert Stahl in seiner Staats- und Rechtsphilosophie den R e c h t s - s t a a t folgendermaßen:

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 132

(2) Stahl, Philosophie, S. 131-154

(3) Stahl, Philosophie, S. 135-138

"Der Staat soll Rechtsstaat sein. Das ist die Losung und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staats wegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen, als er der Rechtssphäre angehört, d. i. nur bis zur notwendigsten Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa, daß der Staat nur die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke oder vollends nur die Rechte der Einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen (1).

Diese Definition gilt als Definition des formalen Rechtsstaates. Formal deshalb, weil es ihr darauf ankommt, jeden Staatsakt auf

(1) Stahl, Philosophie, S. 137/138

eine staatlich gesetzte Norm zurückzuführen, ohne Rücksicht auf ihre materielle Geltungsbegründetheit. Es geht nicht mehr um die Begrenzung des Staatszwecks, auch nicht darum, den Inhalt der Staatstätigkeit zu bestimmen. Wesentlich erscheint allein, bestimmte Elemente der Staatsorganisation zu sichern, das Verhältnis von Obrigkeit und Volk festzustellen und durch institutionelle Einrichtungen die Sicherung der Rechte beider zu gewährleisten (1).

Um das sittliche Reich des Menschen verwirklichen zu können, durch das die vorgegebenen Ideen der Sittlichkeit verwirklicht werden sollen, muß der Staat nach Art und Form Rechtsstaat sein (2). Der Rechtsstaat ist also das Mittel zur Verwirklichung der sittlichen Ideen im Staat (3). Es geht um die Sicherung und Abgrenzung der Rechte von Staat und Individuum. Der Staat darf nur zur Herstellung

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 171

(2) Stahl, Philosophie, S. 138

(3) Stahl, Philosophie, S. 138

einer äußeren Ordnung und Förderung des sozialen Lebens tätig werden. Er soll die Beherrschung des Menschen "nur in der Weise des Rechts" ausüben, weil das innere Leben und Wollen des einzelnen dem staatlichen Einfluß entzogen bleiben muß (1).

Der Staat hat auch die leiblichen und geistigen Güter des Volkes unter Beachtung von Recht und Gerechtigkeit zu schützen.

Der Staat als Anstalt zur Beherrschung des gesamten menschlichen Gemeinzustandes ist die o b e r s t e s o u v e r ä n e M a c h t auf Erden. Als souveräne Macht hat er keine absolute Gewalt: "Der Herrschaft des Staates über den Menschen steht das Recht der Menschen selbst gegenüber als eine eigene (zweite) Macht" (2). Die Rechte des Menschen hat der Staat zu achten, weil der Mensch gleichzeitig einem höheren Reich als der Staat, dem Gottesreich angehört. Der Staat muß vom Gesetz bestimmt sein.

Stahl, Philosophie, S. 135 - 138 (1)

Stahl, Philosophie, S. 162, 166 (2)

Das Gesetz verhält sich zur Staatsgewalt, wie die Gesinnung (Charakter) zum Willen (Entschlußkraft) in der Natur des Menschen. Der Rechtsstaat Stahls wird so von drei Momenten geprägt: der staatlichen Souveränität, den Rechten des einzelnen und der Gesetzlichkeit.

b) Der Organismus "Rechtsstaat" und seine
Aufgaben bei Gneist

Wie für den Staatsbegriff Gneists der Gegensatz von Staat und Gesellschaft entscheidend ist, so bleibt er es für sein Verständnis vom R e c h t s s t a a t : der Gegensatz von Staat und Gesellschaft muß ausgeglichen werden. Bewältigt wird diese Aufgabe mit der dialektischen Methode Hegels. Denn Staat und Gesellschaft haben als die beiden Organismen menschlichen Zusammenlebens in verschiedenen Lebenszusammenhängen ihre Realität und konkrete Gestalt gefunden und treten sich als gegensätzliche Momente gegenüber, sind also real unterschieden. Doch sind sie notwendig

aufeinander bezogen. Sie müssen in einer höheren Einheit, einem "versöhnenden Zugleich" aufgehoben werden. Gneist formuliert: "Ist in dem inneren Leben eines Volkes ein Widerstreit von Bestrebungen und Interessen unabänderlich gegeben, so ist ebenso unabänderlich dem Menschen "die Bestimmung" gesetzt, diese Gegensätze zu überwinden durch den Entschluß seines freien, sittlichen Willens, und "so ist es die ewige Bestimmung der Gemeinschaft der Menschen jenes Widerspruchs der Interessen und ihrer Unfreiheit Herr zu werden durch Unterwerfung unter Gesetz und Recht" (1). Dieses durch Gesetz und Recht charakterisierte Höhere ist für Gneist die Institution des Rechtsstaates, in der er den sichersten Halt gegen die Herrschaft der Gesellschaft sieht (2).

Die H a u p t a u f g a b e des Rechtsstaates liegt also in der organischen Vereinigung von Staat und Gesellschaft (3). Seine Einrichtungen sollen ein Gegengewicht gegen

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 27

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 173

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 25

den Klassenkampf der Gesellschaft bilden und dem Widerstreit die höhere Einheit, dem Wandel die Stetigkeit, der Unfreiheit der Gesellschaft die rechtlich geschützte Freiheit, der Übermacht des Besitzes die sittliche und intellektuelle Entwicklung aller Klassen, dem System der menschlichen Interessen das der menschlichen Pflichten entgegensetzen (1).

aa) Die staatliche Ordnung der Gesellschaft

Diesen Rechtsstaat erstrebt Gneist dadurch, daß er der Gesellschaft eine verbindliche Ordnung gibt, bei der die volle Autorität der Staatsgewalt erhalten bleibt. Diesen Gedanken von der s t a a t l i c h e n O r d n u n g d e r G e s e l l s c h a f t hat er in der Auseinandersetzung mit den Lehren Mills von der gesellschaftlichen Ordnung des Staates bewußt als Gegenbild entwickelt (2).

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 5/6

(2) v. Gneist, Verwaltung, S. 51-62

Ausgangspunkt sind die Staatsideen von den angeborenen Grund- und Wahlrechten der Gesellschaft, der Volkssouveränität, die tatsächlich nur die Herrschaft der Gesellschaft im Ganzen ausdrückt (1), von der Staatsgewalt als bloßer Exekutive, die nur die Herrschaft der Gesellschaft über die Einzeltätigkeit des Staates bedeutet, von dem absoluten Bewegungsrecht der Staatsmittel und von der politischen Verantwortlichkeit der Minister. Gneist fordert eine dauernde Unterordnung der Gesellschaft unter eine höhere selbständigere Gewalt (2), die nicht von der Gesellschaft abgeleitet ist, also unter den Staat (3).

Eine selbständigere Staatsgewalt muß das äußere Zusammenleben der Menschen in ihren Besitz-, Erwerbs- und Berufskreisen durch feste Normen regeln und diese äußere Ordnung muß erzwingbar sein. Die Staatstätigkeit hat den Rechtsschutz und zugleich die Hebung

v. Gneist, Rechtsstaat, S. 173 (1)

v. Gneist, Rechtsstaat, S. 15 (2)

v. Gneist, Rechtsstaat, S. 15 (3)

der schwächeren Klassen zur Aufgabe; der Gehorsam gegen Gesetz und Obrigkeit muß die erste Vorbedingung der bürgerlichen Freiheit sein (1). Andererseits soll jedermann, der sich den positiven Geboten fügt, bestimmt wissen, wozu er verpflichtet sein soll, und daß alle Rechtsgenossen gleichmäßig belastet werden (2). Außerdem sollen Garantien eines rechtlichen Verfahrens auch in der Handhabung der Staatsgebote gegeben sein (3).

bb) Die Integration der Gesellschaft in
den Staat

Eine Verbindung von Staat und Gesellschaft kann für Gneist nicht durch eine "Selbstkonstituierung" der Gesellschaft zum Staat zustandekommen. Denn dabei würde die Gesellschaft jedes Maß verlieren und über die Grenzen des Rechts und der Gerechtigkeit

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 34

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 24

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 25

Figure 1

1. The first group of people who are interested in the study of the history of the United States are the people who are interested in the history of the United States.

Figure 1

1. The first part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $f(x)$ defined by the equation

hinausgehen (1). Eine wahrhaft organische Verbindung von Gesellschaft und Staat im Rechtsstaat ist nur durch eine I n t e - g r a t i o n d e r G e s e l l s c h a f t i n d e n b e s t e h e n d e n S t a a t möglich (2).

(1) Konstitutionalismus

Wichtige, wenn auch nicht einzige Voraussetzung dafür ist eine k o n s t i t u - t i o n e l l e V e r f a s s u n g (3). Eine reine Parlamentsverfassung, die zudem nur schlecht auf den nackten Organismus der Gesellschaft paßt (4), würde eine Mit-einander von Staat und Gesellschaft nur an der Spitze, im Parlament, gewährleisten. Denn die gesamte Verwaltung und übrige staatliche Tätigkeit würde dem Berufsbeamten-tum obliegen. Dieses muß notwendigerweise

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 7

(2) v. Gneist, S. 34

(3) Preuss, S. 520

(4) v. Gneist, Kreisordnung, S. 5

Dienerin der wechselnden Parteirichtungen werden, da es nicht die erforderliche gesellschaftliche Macht und Selbständigkeit besitzt (1), seine Unabhängigkeit zu wahren. Die bloße Einrichtung von gesetzgebenden Versammlungen reicht für die Begründung der politischen Freiheit nicht aus, sie ist nur Teil eines geordneten Verfassungsaufbaues. Diesen geordneten Verfassungsaufbau, an dessen Spitze der Souverän steht, bezeichnet Gneist als Konstitutionalismus.

(2) Selfgovernment

Die politischen Absichten im Staatsdenken Gneists werden in der zweiten Voraussetzung für eine Integration der Gesellschaft in den Staat deutlich: die Verbindung soll organisch (2) von unten nach oben stattfinden, um so dem Staat neue Kräfte mit Eigeninitiative zuzuführen (3). Das Volk soll die Fähigkeit zur S e l b s t r e g i e r u n g

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 285, 287

(2) v. Gneist, Kreisordnung, S. 5

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 155

erhalten (1). Die Verbindung soll durch ein solide fundiertes Zwischenglied möglich werden: das System des Selfgovernment. Gneist hatte es in der englischen Parlamentsverfassung entdeckt und ihm in seiner Lehre eine zentrale Bedeutung eingeräumt (2). Er definiert es als "eine innere Landesverwaltung der Kreise und Ortsgemeinden nach den Gesetzen des Landes durch persönliche Ehrenämter unter Aufbringung der Kosten durch kommunale Grundsteuern" (3). Die Formulierung G i e r k e s als "Verwaltung staatlicher Angelegenheiten durch staatlich ernannte Funktionäre in staatlich aufgezwungenen Ehrenämtern" (4) präzisiert Gneists Vorstellung noch.

Es zeigt sich, daß diese Art von Selbstverwaltung ein System der Staatsverwaltung bedeutet, das die Ausführung des Staatswillens bei Aufgaben sichert, die im Rahmen eines

(1) v. Gneist, Selfgovernment, S. 881

(2) v. Gneist, Selfgovernment, S. 885

(3) v. Gneist, Selfgovernment, S. 882

(4) Gierke, Gedächtnisrede, S. 30

Nachbarverbandes (1) durchführbar sind. Die nachbarliche Beziehung durch gleiche Lasten im engeren Kreise, die Gleichartigkeit ihrer Durchführung im Lande, die Gleichheit der Stuerpflicht und der Rechtshandhabung sollen eine neue Grundlage für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft schaffen. In den gesetzgebenden Körperschaften, sollen nicht mehr nur die gesellschaftlichen Interessen vertreten werden, sondern die Gesellschaft soll in Verwaltung und Rechtsprechung die Pflichten des Staates persönlich üben (2). Dieser Zwischenbau als Ganzes erzielt die erstrebte Harmonie von Staat und Gesellschaft, die Gneist politisch als "Gleichgewicht der Gewalten", rechtlich als "System des Rechtsstaates" versteht (3).

Eine spezifische Definition des Rechtsstaates findet sich bei Gneist nicht. Faßt man aber seine Forderungen und Lösungsangebote

(1) v. Gneist, Verwaltung, S. 95

(2) v. Gneist, Selfgovernment, S. 880

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 279

zusammen, so ist für ihn ein Rechtsstaat der Staat, indem sich die Gesellschaft auf der Grundlage dauernder Gesetze (1) durch ihre verantwortliche, persönliche Mitarbeit (2) in staatlichen Ämtern bei der Erfüllung der staatlichen Aufgaben (3) selbst regiert (4).

C) Die Staatsgewalt im Rechtsstaat bei
Stahl und Gneist

Die konservative Vorstellung vom Rechtsstaat wird deutlich aus der Einstellung, die Staatsdenker wie Stahl und Gneist zur Staatsgewalt haben. Beide lehnen die Gewaltenteilung Montesquieus ab. Sie fordern die einheitliche Staatsgewalt. Ausdruck dieser Haltung ist ihr Bekenntnis zum monarchischen Prinzip. Dieses spielt seit dem Wiener Kongreß vertreten von Metternich und Gentz eine

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 196

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 280, 317

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 286/87

(4) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 61

politische Rolle. Verfassungspolitisch bedeutsam wurde es durch die Aufnahme in die Chartre constitutionelle Ludwigs XVIII. von 1814: "Ausgangspunkt aller Gewalt im Staate sollte nicht mehr das Volk, sondern allein der Fürst ein, in dessen Person auch die Einheit des Staates verkörpert wird" (1). Dieses Prinzip erhält in der konservativen Staatstheorie eine besondere Prägung und Bedeutung.

aa) Das monarchische Prinzip

Seine verfassungstheoretische Begründung in der konservativen Staatsrechtslehre hat das monarchische Prinzip erst im Jahr 1845 bei Friedrich Julius S t a h l gefunden (2). Denn der Staat als sittliches Reich ist nur durch einen personalistischen Staatsbegriff zu erfassen. Diesen bietet das monarchische

(1) Ellwein, S. 48

(2) Stahl, "Das monarchische Prinzip" (1845)

Prinzip. Als konservativer Politiker geht Stahl von der Staatsform der Monarchie aus. Das monarchische Prinzip wird als Gegensatz dem parlamentarischen System gegenübergestellt. Denn es sei dringend erforderlich, "dass uns das politische System des Westens fernbleibe: die Volkssouveränität, die Theilung der Staatsgewalt, die Republik unter der Form der Monarchie, die Kammerherrschaft und deren Begleitung, die Kammerbestechung, der Aggregatismus entstandener, bloß numerischer Volksrepräsentation" (1). Es geht Stahl um die Einheitlichkeit des Staates, die er auch gegen den patrimonialen Absolutismus verteidigt. Denn jede Repräsentation müsse zwar die nationale Einheit verdeutlichen, jedoch auch die andere Seite des Volksdaseins, seine ständische Gliederung, zum Ausdruck bringen. Stahl sieht darin keinen Gegensatz, denn es gibt für ihn keine Alternative ständisch o d e r repräsentativ.

(1) Stahl, zit. bei Ellwein, S. 85

Eine positive Definition des monarchischen Prinzips gelingt Stahl nicht (1), er will es aber offenbar auch gar nicht definieren, weil ihm das Prinzip selbstverständlich ist. Nur der Gegensatz ist klar: "Der eigentliche und spezifische Gegensatz gegen das monarchische Prinzip ist deshalb vielmehr das parlamentarische Prinzip, wie wir ihm diesen Namen geben wollen; d. i., die überwiegende Stellung des Parlaments gegenüber dem Könige, die sich in England ausgebildet hat, und natürlich in den auf die Volkssouveränität gegründeten Verfassungen nicht in geringerem, sondern in höherem Maße angestrebt wird" (2).

Das monarchische Prinzip ist die einzig mögliche Sicherung gegen Revolution, und somit Voraussetzung für eine kontinuierliche Entwicklung des Staates. Das monarchische Prinzip erfordert nach Stahl eine Verfassungsform, in der "die fürstliche Gewalt dem

(1) Ellwein, S. 86

(2) Stahl, Philosophie (Auswahl), S. 185

Rechte nach undurchdrungen über der Volksvertretung steht, der Fürst tatsächlich der Schwerpunkt der Verfassung, die positiv gestaltende Macht im Staate ist und der Führer der Entwicklung bleibt" (1).

G n e i s t verlangt als absolute Voraussetzung für die Verfassung eines Rechtsstaates eine von der Gesellschaft unabhängige Staatsautorität, eine höhere, alle Staatsaufgaben umfassende Einheit, die allen Grundeinrichtungen des Staates ihren Ausgang, Halt und Charakter zu geben hat (2). Diese dauernde äußere Gewalt über die wechselnden und streitenden Interessen der Gesellschaft ist für Gneist das K ö n i g t u m , von ihm "Institution der Institutionen" genannt (3). Mit ihr kann sich keine einzige andere Einrichtung des staatlichen Lebens vergleichen (4). Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung hat sich der germanische Volksgeist aus der dauernden

(1) Stahl, Philosophie (Auswahl), S. 189

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 105

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 13

(4) v. Gneist, Eigenart, S. 23

Gestalt des Heerführer- und Richteramtes das Königtum geschaffen (1). Hervorgehend aus der herrschenden Klasse befestigte es sich allmählich durch ein von der Einsetzung der herrschenden Klassen unabhängiges Erbrecht.

So an die Spitze des Staates und der Gesellschaft gestellt, erhoben durch das Bewußtsein des höchsten eigenen Rechts und des höchsten menschlichen Berufs, eben dadurch herausgehoben aus den Interessen der Gesellschaft, hat sich in ihm die Gesamtheit der Aufgaben verkörpert und stabilisiert, die das Volk in seiner Einheit durch stetige Grundeinrichtung dauernd zu lösen hat (2).

Auf diese Weise wird die erbliche Monarchie für Gneist zu der verkörperten Trägerin der Staatsidee (3); eingebettet in Staat und Gesellschaft bedeutet sie im Anschluß an die Formulierung Lorenz von Steins vom "sozialen Königtum" der Staatsautorität (4), die in

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 13

(2) v. Gneist, Eigenart, S. 23

(3) v. Gneist, Eigenart, S. 23

(4) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 256

sich alle Rechte der Staatsgewalt vereint.

bb) Die Gewaltengliederung

Zur Verwirklichung des Rechtsstaates bedarf es nach S t a h l einer bestimmten Organisation des Staates zur Ausübung der Staatsgewalt. Eine Gewaltenteilung lehnt er ab (1), doch befürwortet er eine Gewaltengliederung. Die Souveränität des Staates bleibt auf diese Weise einheitlich und ungeteilt. Rechtsprechung, Gesetzgebung und Regierung sind nur Funktionen und Betätigungsformen der einen unteilbaren Staatsgewalt (2). In dieser Einheit ist sie die Souveränität, die nur einem Subjekt, für Stahl nur dem Monarchischen, zustehen kann (3).

Auch für G n e i s t ist die Einheit der

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 176/177

(2) Stahl, Philosophie, S. 163/164

(3) Stahl, Philosophie, S. 165

Staatsgewalt , auf der der zusammenhängende Rechtsorganismus des Staates beruht (1), der oberste Grundsatz für die Verfassung seines Rechtsstaates (2). Da er dem Volk die Fähigkeit zur Selbstregierung geben und in ihm die freudige Tätigkeit für das Gemeinwohl entwickeln will, erstrebt er eine geordnete Teilnahme der Gesellschaft' an der Ausübung der Staatsgewalt in einer inhaltlichen Aufgliederung nach Regierung, Justiz und Gesetzgebung (3).

(1) Die Gesetzgebung

S t a h l bezeichnet die Gesetzgebung als die oberste Verrichtung der Staatsgewalt, von der die übrigen Funktionen abhängen (4). Das bedeutet jedoch nicht, daß sie begrifflich den anderen Funktionen vorgeht. Gesetzgebung ist "die Feststellung der

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 60

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 43

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 40

(4) Stahl, a. a. O., S. 168

Rechtsgrundsätze" (1). Das ist inhaltlich gemeint: Gesetze bestehen nämlich schon vor ihrer Feststellung durch die Gesetzgebungsorgane auf Grund von Sitte und Herkommen (2). Es handelt sich um Grundsätze, nach denen sich das Leben im Staat und die Ausübung der Staatsgewalt vollziehen. So ist die Gesetzgebung erste und oberste Verrichtung der Staatsgewalt nur ihrer Macht und Wirkung nach; denn sie bestimmt die anderen Staatsverrichtungen, ohne von ihnen bestimmt zu werden. Stahl folgert daraus, daß entsprechend dem monarchischen Prinzip nur der Souverän sie ausüben kann (3).

Da die Gesetze als Ethos des Staates ihren Sitz und ihren Ursprung im nationalen Bewußtsein haben und durch den Souverän nur ihre formelle Bestätigung erhalten, ist die Gesetzgebung Sache des Volkes (4). Sie wird zur gemeinsamen Basis der sittlich-geistigen Gemeinschaft und der herrschenden

(1) Stahl, a. a. O., S. 166

(2) Stahl, a. a. O., S. 169

(3) Stahl, Philosophie, S. 165

(4) Stahl, a. a. O., S. 166

Autorität (1). Die Monarchie bedarf der Zustimmung des Volkes. Die berufenen Organe bei dieser Mitwirkung des Volkes sind seine **s t ä n d i s c h e n V e r t r e t u n - g e n**, die "als Versammlung der Auserlesenen aus allen Ständen die wahre und reine Darstellung, Repräsentation des Volkes nach seinem ganzen Wesen, nach allen seinen Rechten und Interessen und Vermögen, die echten Zeugen nationaler Lebenswürdigung" (2) sind. Sie sind die **Konzentrierung** des Volkes zu einem handelnden Subjekt, in dem "die innerste Idee des Volksdaseins lebendig ist und die sowohl eine Macht und Autorität über dem gesamten Volk darstellt, als auch eins mit ihm ist. Die ständische Vertretung ist der Erhabenheit der königlichen Gewalt gegenüber ein Band der Durchdringung und **Einigung** zwischen Regierung und Volk" (3). Die Gesetze sind somit nicht nur Gebote, die von höherer Autroität ausgehen, sondern gleichzeitig Regeln, die das Volk

(1) Stahl, a. a. O., S. 166

(2) Stahl, Auszug, S. 149

(3) Stahl, Auszug, S. 150

sich aus freiem Willen und sittlicher Erkenntnis selbst gibt und für sein eigenes Handeln anerkennt.

Jedes auf diese Weise formell zustandekommene Gesetz ist für Stahl auch gültig. Das selbst dann, wenn es mit dem göttlichen Sittengesetz nicht in Einklang steht. Dennoch bleibt der Gesetzesbegriff Stahls nicht formal. Es geht ihm nicht um die rechtmäßige Form des Zustandekommens eines Gesetzes. Denn Gesetzen, die dem Sittengesetz widersprechen, spricht Stahl die sittliche Bindungswirkung ab, so daß sie sehr wohl für den einzelnen unverbindlich sein können.

Das göttliche Gebot hat stets Vorrang vor dem staatlichen. Dem einzelnen wird gegen einen gottwidrigen Staatsbefehl jedoch kein individuelles Widerstandsrecht gegen die Obrigkeit zugebilligt. Es gibt nur ein ständisches Widerstandsrecht gegenüber der rechtlos handelnden Obrigkeit und ihren Ommipotenzanspruch (1).

(1) Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. II

Obwohl Stahl sich selbst als Gegner des Naturrechts ausgibt, sieht er das Naturgesetz als eigentliche Grundlage des vollgültigen, sittlich bindenden Rechts an und knüpft damit bewußt an die mittelalterlich-thomistische Naturrechtslehre an. Seine Kritik gilt nur der reationalistisch-revolutionären Naturrechtslehre der Aufklärung. Wenn Stahl nur das positive Recht als wirksames Recht anerkennt, so bedeutet das nur, daß kein anderes Recht angewendet werden darf, nicht aber ein Leugnen des Naturrechts überhaupt (1).

G n e i s t sieht in der Gesetzgebung, ohne sie hervorzuheben, das Glied der einheitlichen Staatsverwaltung, das als gesetzgebende Gewalt im Parlament der höchste R e g u l a t o r des Staatswillens sein soll. Die selbständige Regierungsgewalt soll aber nur regulierend begrenzt werden. So ist auch nicht das Volk Gesetzgeber, sondern der König im Parla-

(1) Volz, S. 119

ment (1).

Denn die Unterscheidung der Gewalten wäre ihm zudem schon wegen des Zusammenhanges mit Volkssouveränität und französischem Konstitutionalismus verdächtig gewesen (2).

Die Volkssouveränität als Quelle aller Gewalten lehnt Gneist ab, weil das für ihn die Herrschaft der Gesellschaft über den Staat bedeutet hätte.

Die P a r l a m e n t s v e r f a s s u n g ist für ihn ein Resultat des Selfgovernment und des Verwaltungsrechts (3). Sie formiert sich organisch von unten als eine Konzentration der Kommunalverfassung mit ihren Elementen Wahl, königlicher Ernennung, sowie gesetzmäßiger und wirtschaftlicher Verwaltung (4). Erst die gleichmäßige Heranziehung der Klassen zu den Staatsdiensten und zur Steuerlast ergibt eine gleichmäßige Gliederung der Gesellschaft, aus der sich ein Ober- bzw. Unterhaus zusammenfügen können (5).

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 167

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 168

(3) v. Gneist, Verwaltung, S. 4

(4) v. Gneist, Selfgovernment, S. 885

(5) v. Gneist, Verwaltung, S. 4

Nur eine S e l b s t v e r w a l t u n g erzeugt den politischen Gemeinsinn der parlamentarischen Körperschaft, da allein die tägliche Übung der Staatsfunktionen die praktische Einsicht und Erfahrung gibt, die in Gesetzgebung und Verwaltung das möglichst hohe Maß individueller Freiheit mit den notwendigen Forderungen eines einheitlichen Staatswillens zu verbinden weiß, um die Gesetzgebung des Landes gleichmäßig fortzubilden und den Gang der Staatsverwaltung wirksam zu kontrollieren. Dieser Begriff deckt sich also nicht mit dem, was heute unter politischer Selbstverwaltung verstanden wird: die Ausübung der Verwaltung nach dem eigenen Willen der Bevölkerung durch von ihr gewählte Personen. Auch nicht damit gemeint ist die Erfüllung staatlicher Aufgaben durch zwar vom Staat geschaffene, aber von ihm verschiedene Rechtssubjekte mit örtlich oder sachlich begrenztem Aufgabenkreis. Vielmehr ist das Selfgovernment ein verfassungsbildendes Element, indem es dieselben gesellschaftlichen Klassen zur Bildung der gesetzgebenden Körper beruft, die

zur verantwortlichen Ausführung der Gesetze heranzuziehen sind. Dadurch will Gneist erreichen, daß im Parlament nicht nur die gesellschaftlichen Interessen vertreten, sondern auch die Pflichten geübt werden (1).

Die Gesetze bestimmen die Verantwortlichkeit der Regierungsgewalt und grenzen sie ein. Die Gesetzgebung regelt die persönlichen Lebensbereiche der Bürger, schafft vor allem in den Grundlagen eines Verwaltungsrechts den institutionellen rechtsstaatlichen Rahmen für die freie Tätigkeit der Regierung (2).

(2) Die Exekutive

Exekutive ist für S t a h l Regierungsgewalt, die "wirkliche, unmittelbare Versorgung des Staates, das Lenken und Beherrschen der Menschen nach seinen Zielen und

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 317

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 168/169

Geboten" (1). Die Regierung ist Sache des Souveräns. Er wird durch seine Organe tätig. Sie kann nicht Sache des Volkes sein, weil dabei diese Gewalt auf einzelne bestimmte Zustände einzuwirken hat und es dazu augenblicklicher, individueller Entschliebung und Tat bedarf. Der Souverän handelt zwar selbständig nach seinem eigenen Ermessen, ist aber an die bestehenden Gesetze gebunden (2).

Die Regierungstätigkeit gliedert Stahl danach, ob sie durch das Gesetz positiv bestimmt oder negativ begrenzt wird. Er unterscheidet zwei Aufgabenbereiche der Regierungsgewalt (3) : e i n m a l die Vollziehung, als Ausführung und Erhaltung der Gesetze, sowie Handhabung der Verfassung (4); die Art der Ausführung ist dem Souverän überlassen, die Tätigkeit selbst durch Gesetz positiv geregelt;

(1) Stahl, Philosophie, S 193

(2) Ellwein, S. 89

(3) Böckenförde, Gesetz, S. 173

(4) Stahl, Philosophie, S. 168

zum a n d e r e n die Verwaltung, das Anstreben von Zwecken, die nicht gesetzlich geregelt sind, aber im Interesse einer ordnenden Gestaltung und Gewährleistung des Gemeinlebens verwirklicht werden müssen (1). Es handelt sich um ein Regieren im engeren Sinne. Für diese Regierungstätigkeit bilden die Gesetze nur eine negative Grenze, in dem Sinne, daß gegen bestehendes Recht nicht verstoßen werden darf. Aufgabe der Regierung in diesem Sinne ist es, etwas Neues, Positives in freier schöpferischer Tätigkeit unabhängig von Gesetzen voranzutreiben, um so die "Zustände nach Zwecken zu fördern" (2). Die Leistungen dieser Art sind nicht "Mittel für das Gesetz, sondern nur für Zwecke außerhalb des Gesetzes" (3).

Beide Arten der Regierungstätigkeit fließen in der monarchischen Exekutive in einer Staatsfunktion zusammen (4).

(1) Stahl, a. a. O., S. 168

(2) Stahl, a. a. O., S. 169

(3) Stahl, Philosophie, S. 169

(4) Böckenförde, Gesetz, S. 173

G n e i s t versteht die selbständige Regierungsgewalt des Landesherrn aus eigenem Recht als den Ausgang und die Grundlage jeder Staatsgewalt (1). Vom Standpunkt der königlichen Prerogative (2) lehnt er die Auffassung von einer nur vollziehenden Exekutive ab, die allein als das ausführende Organ der rechtsetzenden Legislative gedacht ist, da dann Regierungstätigkeit nur den souveränen Entschlüssen der Volksvertretung zu folgen hätte und immer den wirk-samen Willen dessen ausschließen müßte, in dessen Namen sie geübt wird (3). Die Regierungsgewalt enthält nach außen (4) die Repräsentation des Staates, nach innen das Recht des Ge- und Verbots und des Zwangsvollzugs, daraus folgend das Ordnungsrecht (5). Dieses bedeutet die verbindliche Normierung dessen, was die Staatsgewalt im einzelnen gebieten und erzwingen kann, sowie die Oberaufsicht über die Gesellschaft.

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 106

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 111

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 171, 172

(4) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 40 u. S. 106

(5) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 40 u. S. 204

Die Regierungsgewalt ist nicht schrankenlos. Sie hat ihre an sich freie Tätigkeit im institutionellen, rechtsstaatlichen Rahmen der bestehenden Gesetze zu vollziehen. Diese begrenzen ihre Tätigkeit und bestimmen ihre Verantwortlichkeit (1). Gneist versteht deshalb unter **G e s e t z** eine Rechtsetzungsart der Staatsgewalt mit Zustimmung des Parlaments, durch die eine dauernde konstitutionelle Ordnung der einzelnen Lebensbereiche geschaffen werden soll. Dieser Rechtsetzungsart nebengeordnet ist ein selbständiges **V e r o r d n u n g s r e c h t** der Staatsgewalt ohne parlamentarische Zustimmung zur Regelung der Sicherheit und Wohlfahrt des Gemeinwesens nach seinen wechselnden Bedürfnissen (2).

Die Ausführung des Staatswillens in seinen Einzelheiten soll dann von unten erfolgen: einmal durch vom König ernannte **B e r u f s - b e a m t e**, da viele feste Normen geregelt sind, die nur durch Beamte in voller persönlicher Verantwortlichkeit gehandhabt werden

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 292

(2) v. Gneist, Verordnungsrecht, S. 1063

können; sodann aber auch in einem verantwortlichen Ehrenbeamtentum, das imstande ist, derartige Funktionen zu übernehmen. Das obrigkeitliche Amt ruht sicherer in den Händen gesellschaftlich unabhängiger Personen, denen durch Eid, Amtspflicht und das moralische Urteil ihrer Mitbürger Unparteilichkeit geboten ist, als in den unteren Stufen des Berufsbeamtentums, dessen Tätigkeit nur durch seine Vorgesetzten kontrolliert wird (1). Gneist will damit einer bürokratisch-absolutistischen Willkür und einer Abhängigkeit der Verwaltung vom Parteieinfluß vorbeugen (2). Nur wenn die vom Königtum, Beamtentum und Selfgovernment getragene Regierung das Zentrum der Staatstätigkeit darstellt, ist der staatliche Gesamtwille gewährleistet, da dieser nur ein Wille sein kann, anderenfalls er diese Bezeichnung nicht verdient (3).

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 204, 280 ff

(2) Heffter, S. 396

(3) v. Gneist, Verwaltung, S. 56

) Die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung definiert S t a h l als "das Wirksamwerden der Staatsgewalt, um das verletzte Gesetz gegenüber dem Individuum herzustellen" (1). Dafür fordert er Gerichte, die vom Souverän unabhängig sind. Denn deren U n a b h ä n g i g k e i t ist die "erste Bürgschaft für wahre, unparteiische Rechtspflege" (2). Für die Rechtsprechung darf nicht der Erfolg für das Ganze, d. h. die Zweckmäßigkeit, ausschlaggebend sein; das wäre aber unausbleiblich der Fall, wenn die Gerichte vom Herrscher abhängig wären. Maßstab für ein Urteil darf nur das Gesetz als unwandelbar Gleiches sein. Der Schuldige muß von Richtern gerichtet werden, die außer der Macht des Gerichts keine Gewalt über ihn haben. Maßstab für ihr Urteil darf nur das Gesetz sein, das nicht nur das Gesetz des Staates, sondern auch des Staatsbürgers ist, das sein eigenes, ihm innewohnendes Wesen verkörpert.

(1) Stahl, Philosophie, S. 171

(2) Stahl, Philosophie, S. 601

Neben der Unabhängigkeit der Gerichte ist die Gewährleistung des Verfahrensganges durch bestimmte *P r o z e ß g e s e t z e* Voraussetzung einer rechtsstaatlichen Rechtsprechung. Stahl begrenzt die Zuständigkeit der Gerichte auf Zivil- und Strafsachen. Eine Rechtsprechung der zu dieser Zeit in Deutschland allein üblichen und bekannten ordentlichen Gerichte in Verwaltungsangelegenheiten lehnt er ab (1). Die Verletzung der Rechte des Untertans durch die Regierung soll nicht von Gerichten, sondern von der Regierung selbst und ihren Behörden festgestellt und letztlich vom Souverän beurteilt werden.

Den Grund für diese Einstellung findet Stahl in der Natur des Staates als eines sittlichen Reiches, dem die einzelnen als Glieder angehören. Nur der Staat selbst, seine eigene beherrschende Macht, kann das Urteil über die gesetzmäßige Anwendung ihrer Funktionen haben. Es kann für ein solches Urteil nicht erst ei-

(1) Ellwein, S. 90

ner dritten Macht, der Gerichte, bedürfen (1). Die Regierung kann nicht der Verurteilung, dem Befehl und der Vollstreckung der Gerichte unterliegen, ohne daß der Staat seinen Charakter als wirklicher Staat, als sittliches Reich über die Individuen, verliert. Bei einer Unterwerfung der Regierung unter die Gerichtsbarkeit sänke die Staatsgewalt auf den Stand einer bloßen Privatpartei herab und ihre Handlungen verlören den Charakter einer höheren Autorität, das Herrscherrecht gegenüber dem Untertan wäre nichts anderes als das Gläubigerrecht einer Privatperson gegenüber ihrem Schuldner (2). Aus diesem Grunde kann eine in den Bereich der Verwaltung, d. h. der Autorität der Staatsregierung, fallende Streitfrage nie zur Justizsache werden.

Ob es sich um eine Streitfrage in Verwaltungssachen handelt und ob ein Streitfall der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorliegt, unterscheidet Stahl nach dem angestrebten Ziel. Wo

(1) Stahl, Philosophie S. 609

(2) Stahl, Philosophie, S. 608

Wo es darum geht, Rechte des einzelnen zu sichern, wo also Gerechtigkeit der primäre Zweck ist, handelt es sich um eine *J u s t i z s a - c h e* (1). Wo aber ein Erfolg für das Ganze angestrebt wird, es sich also in erster Linie um das Gemeinwohl und die Zweckmäßigkeit handelt, sind nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsbehörden zuständig (2).

Lehnt *S t a h l* auch eine Rechtsprechung der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Verwaltungsangelegenheiten ab, so macht er doch in bestimmten Fällen Ausnahmen oder bietet Ersatzmittel zum Schutz des einzelnen.

Die allgemeinen Gerichte sind beispielsweise doch zuständig, wenn *e x e m p t e R e c h t e* verletzt sind. Diese Art von Rechten gibt dem Inhaber eine Art Privatrecht in öffentlicher Sphäre, in das die betreffende Hoheitsausübung nicht eingreifen darf (3). Kommt es darüber zu Streitigkeiten, so steht der Verletzte der Staatsgewalt als Gleichberechtigter

(1) Stahl, Philosophie, S. 608/609

(2) Stahl, Philosophie, S. 609

(3) Stahl, Philosophie, S. 618

gegenüber. Die Verwaltungsbehörde gibt den Streitfall an die ordentlichen Gerichte ab. Exemte Rechte, Stahl unterscheidet noch zwischen direkter (positiver) und indirekter (negativer) Exemption, bestehen aber nur gegenüber der Verwaltung im engeren Sinne, gegen administrative Verfügungen. Gegenüber der Verfassung und der Gesetzgebung ist die Exemption ausgeschlossen (1). Als Schutzmittel verbleiben dem einzelnen dann nur die ständische Beschwerde und die direkte Ministerverantwortlichkeit.

G n e i s t betrachtet die richterliche Gewalt als Organismus, der die Staatsgewalt beschränkt. Denn die Staatsobrigkeit, die zu Rechtsschutz und Friedenswahrung verpflichtet ist und deren Hauptaufgabe im Rechtsstaat darin besteht, Person und Vermögen des einzelnen mit festem Schutz zu umgeben, darf das ihr bestrittene Recht nur in verfassungsmäßiger Selbstbeschränkung nach vorgängigem Spruch

(1) Stahl, Philosophie S. 619

selbständiger Gerichte vollziehen (1). Der König, der auch Souverän der Gerichtsgewalt ist, hat aufgrund seiner Justizhoheit für die äußere Ordnung des Gerichtswesens zu sorgen. So steht ihm das ausschließliche Recht zur Ernennung der richterlichen Beamten zu. Er hat auch die Vollziehung des Urteils zu sichern, ohne aber selbst Anteil an der Feststellung des streitigen Rechts zu nehmen. Die Richter müssen **u n a b h ä n g i g** und **u n a b s e t z b a r** sein (2).

Die **G e r i c h t s v e r f a s s u n g** bildet das Bindeglied zwischen Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt. Sie verbindet im Rechtsstaat die Gewalt des Königs mit der im Parlament organisierten Gesellschaft durch Grundsätze, die ebenso den persönlichen Willen des Königs, wie die Majorität des Parlaments binden (3).

(1) v. Gneist, Rechtsstaat S. 16, 44

(2) v. Gneist, Rechtsstaat S. 312

(3) v. Gneist, Rechtsstaat S. 42, 44

Da jedoch in dem hochgehenden Parteienkampf der großen Schichten der Gesellschaft das Berufsgeamtentum allein die Waage der Gerechtigkeit nicht hochzuhalten vermag (1), bedarf auch die Rechtsprechung einer Verstärkung durch die Macht und die Gewöhnungen der besitzenden Klassen im Selfgovernment.

Der Rechtsschutz des einzelnen wird durch ein dreifaches, sich gegenseitiges ergänzendes System gewährleistet, durch Zivil- und Strafgerichte, sowie Organe der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2), deren Ausgestaltung Gneist sich besonders annimmt. Während der private Rechtskreis des einzelnen durch ordentliche Zivilgerichte geschützt werden soll (3), wird die gerechte Handhabung der Strafordnung unter Wahrung der Rechte des Angeklagten durch die Strafgerichte geübt. Diese geben mit ihren Entscheidungen über Staatsverbrechen und Beamten-

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 261

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 147

vergehen auch eine maßgebende Auslegung für wichtige Teile des öffentlichen Rechts. Aber gerade im Strafverfahren, das dem Druck des politischen Parteiwesens am unmittelbarsten ausgesetzt ist, bedarf die richterliche Gewalt der organischen Verstärkung durch Elemente des Selfgovernment, nämlich durch Schwurgerichte und Schöffen. Auf diese Weise wird die Gesellschaft in weitestem Maße zur Selbstverwaltung des Rechts herangezogen und stellt der Parteiorganisation eine Rechts- und Verwaltungsorganisation gegenüber, die ihre Wurzeln in denselben Klassen der Gesellschaft findet, aus denen die sich bekämpfenden Parteien hervorgehen (1). Außerdem verlangt Gneist, daß die Strafverfolgung nicht ausschließlich von den Organen der Staatsanwaltschaft abhängig ist, sondern auch ein Einschreiten der Gerichte ex officio auf Anruf eines Beteiligten möglich ist (2).

An die beiden großen Gebiete der ordentlichen

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 280, 313

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 312

Gerichtsbarkeit muß sich nach Scheidung der reinen Verwaltung von der Entscheidung wichtiger streitiger Verwaltungsfragen eine besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit anschließen (1).

Diese geht hervor aus der Fortbildung und Spezialisierung der Verwaltungsgesetze und erstreckt sich auf die Gebiete der inneren Landesverwaltung, damit dort die Staatsgewalt gegen den einzelnen nach gleichmäßigen Grundsätzen der Gerechtigkeit gehandhabt wird (2). Ihr Grundgedanke ist, der Ausübung der Staatsgewalt, soweit diese einen unmittelbaren Zwang gegen die Person oder das Eigentum des einzelnen üben muß, die wesentlichen Garantien der Rechtsprechung zu gewähren, ohne die Einheit der vollziehenden Gewalt aufzuheben. Der einzelne soll so vor Mißgriffen, Willkür und bösem Willen in der täglichen Akten der Staatsverwaltung geschützt werden.

(1) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 291

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 44, 110

Das System der Verwaltungsjurisdiktion will Gneist nach der Natur der Verwaltungsgesetze gestalten (1), nicht aber wie die Zivilgerichtsbarkeit aufbauen. Aus diesem Grunde will er für das streitige Verwaltungsrecht das Kollegialsystem der Verwaltung mit ständigen unabhängigen Beamten beibehalten und es durch das Ehrenamt verstärken, durch das dem Verwaltungsbeamten die richterliche Unabhängigkeit auf der Grundlage des Besitzes gegeben werden soll (2).

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit bildet mit der ordentlichen Zivil- und Strafgerichtsbarkeit ein zusammenhängendes Ganzes, durch das die Ausübung der Staatsgewalt sowohl an feste Grenzen, als auch an gleiche Maßbestimmungen gebunden wird (3).

(1) v. Gneist, Verwaltung, S. 4

(2) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 291

(3) v. Gneist, Rechtsstaat, S. 57, 58

4. Zusammenfassung

Wenn S t a h l bei den Anforderungen, die er an den Staat als Rechtsstaat stellt, immer wieder auf die Notwendigkeit einer Übereinstimmung der Staatstätigkeit mit den sittlichen Ideen hinweist, wenn er Recht und Sitte als Einheit bezeichnet und dabei das Aufeinanderbezogensein von Staat als Rechtsstaat und Staat als sittlichem Reich darlegt, dann zeigt sich, daß Stahl den Rechtsstaat keineswegs bloß formal begreift. Es geht Stahl nicht allein darum, daß die Staatstätigkeit in ihren Betätigungsformen an die Verfassung gebunden ist, daß Regierung und Rechtsprechung im Rahmen der Gesetze handeln, sondern es kommt ihm auf den materiellen Inhalt der Gesetze an. Stahl geht es letztlich um eine zeitlose philosophische Ordnung und Sicherung des Rechtsstaates (1). Sittliche Ideen binden das Recht, allerdings nur insoweit als sie zugleich der Rechtssphäre angehören. Insoweit verlangt Stahl materiellen Gesetzesinhalt, nämlich die Übereinstimmung

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 174

des Staatsbefehls mit dem Sittengesetz. Auch die Forderung, "daß die Rechtsordnung für alle Lebensverhältnisse und öffentlichen Bestrebungen ihre sittliche Idee zum Prinzip" haben soll, daß sie "durch die sittliche Gemeingefinnung getragen sein soll" (1), zeigt, daß Stahl den Rechtsstaat inhaltlich, nicht formal begreift.

Sein politisches Leitbild weist ihn als konservativen Denker aus, der monarchische Autorität und christliche Staatsoberkeit erhalten und verteidigen will, weil ihm der ganze Grundzug seiner Zeit als permanente Revolution (2) erscheint dem es von einer prinzipiellen Position entgegenzutreten gilt.

G n e i s t geht es um die Lösung des Problems seiner Zeit, den Gegensatz zwischen monarchischem Staat und bürgerlicher Gesellschaft. Er erstrebt eine harmonische Zusammenfassung von Staat und Gesellschaft im Organismus "Rechtsstaat". So versucht er einmal, dem Streben der

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 170, 171, Fußnote 8

(2) Stahl, Reden, S. 234

bürgerlichen Gesellschaft nach Anteil am Staat gerecht zu werden, um sie zu einem maßvollen Gebrauch ihrer Macht zu erziehen, zum anderen die Selbständigkeit und Objektivität des Staates gegenüber Gruppen und Interessen der Gesellschaft zu wahren (1). Die Verbindung dieser beiden Ziele erforderte, die Bestimmung und Abgrenzung der Institutionen und ihre Aufgaben nicht mehr theoretisch-abstrakt, sondern im Hinblick auf das praktische Staatsleben und eine sinnvolle Verfassungsordnung vorzunehmen (2). Für Gneist ist das Recht lebendige Kraft, Lebensäußerung und Lebensgestaltung, bei dem das Begriffliche hinter die unmittelbare Wirkung und Gestaltung der menschlichen Gemeinschaft zurücktritt (3). Indem er in sein Denken die Idee von der organischen Gliederung des Volkes nach dem Güterleben, den Einfluß von Besitz und Arbeit, die Rolle der Interessen der Gesell-

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 128

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 128

(3) Schiffer, S. 66

schaft als Gegensatz zu denen des Staates aufnimmt, kehrt er sich bewußt vom abstrakten Rationalismus und seiner vernunftrechtlichen Methode der Betrachtung des Staates ab. Er folgt der geistigen Strömung seiner Zeit, die das Lebendige in seiner organischen Ganzheit und Fülle, das Individuelle stets in seiner historisch-konkreten Entwicklung und Vielfalt zu begreifen sucht (1).

Den Hauptmangel in der Staatsauffassung seiner Zeit sah Gneist in der Überschätzung der Verfassungsformen gegenüber der Verfassungs- und Verwaltungswirklichkeit (2). Hier zeigt sich der Einfluß des Studiums der englischen Verfassungszustände deutlich. Aus diesem Grunde konzentriert er seine Überlegungen über den Aufbau des Staates auf eine Verwaltungsreform nach den Grundsätzen des Rechtsstaates und der Selbstverwaltung (3). Diese Reformbestrebungen sollen dem einzelnen die Entfaltung seiner Freiheit in Selbstbeherrschung und Selbstbeschränkung

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 126

(2) Heffter, S. 377

(3) Heffter, S. 381, 382

garantieren.

Gneist wurzelt ganz in der monarchisch-bürokratischen Staatlichkeit Preußens. Indem er die Entwicklung zum vollen Parlamentarismus ablehnt und an dessen Stelle die Idee der Selbstverwaltung setzt, nimmt er politisch gesehen einen konservativen Standpunkt ein (1). Er gelangt zu einem Verfassungskompromiß mit der grundsätzlich beizubehaltenden Monarchie, indem er neben die monarchischen Verfassungselemente ein diese Elemente relativierendes Institutionensystem setzt, das die monarchische Gewalt in den zentralen Angelegenheiten des bürgerlichen Interesses beschränkt.

Abschließend bleibt festzustellen: wenn es G n e i s t darum geht, die Wirklichkeit des Staates in seiner konkreten, geschichtlich-soziologisch bedingten Gestalt zu erfassen (2), S t a h l dagegen auf dem Boden einer rationalen Metaphysik den Staat in seiner inneren Teleologie und Struktur erkennen will (3), so

(1) Heffter, S. 381, 382

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 132

(3) Böckenförde, Gesetz, S. 169

so zeigt sich bei aller Unterschiedlichkeit zwischen beiden Staatsdenkern doch eine Verwandtschaft in der Methode. Beide entwickeln ihren Staatsbegriff aus der konkreten staatlichen Wirklichkeit.

V. Die Kritik Otto von Sarweys am liberalen und konservativen Staatsbegriff

Seiner Kritik an liberalen und konservativen Staatsauffassungen stellt Sarwey den eigenen Staatsbegriff voran. Diesem liegt Savignys Definition vom Staat als "der organischen Erscheinung der natürlichen Einheit des Volkes mit der Fähigkeit zu handeln" (1) zugrunde. Sarwey sieht in dieser Definition die beiden Elemente, die seiner eigenen Vorstellung vom Staat immanent sind: das individuell-persönliche Element und das natürliche, das Sarwey auch als Naturprozeß bezeichnet: der Staat steht wie der einzelne "unter den Gesetzen eines Naturprozesses wie der Willensfreiheit" (2).

(1) Savigny zit. von Sarwey in Öffentl. Recht, S. 8

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 13

Von dieser Position aus kritisiert Sarwey die liberale und konservative Staatsauffassung, in denen er diese beiden Elemente in jeweils extremer Form enthalten sieht. Sein Ziel ist, an Hand dieser Kritik den eigenen Staatsbegriff zu formulieren und dabei zu einer "Vermittlung der sich widersprechenden Staatstheorien" (1) zu kommen, "deren jede eine gewisse Berechtigung zuerkannt werden muß". Mit dieser Formulierung macht Sarwey von vornherein deutlich, daß seine Kritik sich nicht im Negativen erschöpft. Die positiven Elemente am liberalen und konservativen Staatsbegriff verarbeitet Sarwey zu seinem eigenen "synthetischen" Staatsbegriff.

1. Stellungnahme zum liberalen Staatsdenken

a) Ablehnung des extremen Individualismus

Sarwey lehnt am liberalen Staatsbegriff den extremen Individualismus ab. Diesem stellt er den "vernünftigen Liberalismus" gegenüber (2).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 13

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

Als Extrem sieht er insbesondere den Einfluß der vernunftgeprägten Staatsphilosophie Kants an (1). Dessen Staatsauffassung sei abzulehnen, weil er den Staatsbegriff "aus dem freien Willen des einzelnen zu konstruieren ..." (2) sucht. Im liberalen Staatsbegriff liegt zwar "eine konsequente Entwicklung des Kant'schen Staatsbegriffes"; aber mit der Proklamation der Freiheit des Einzelnen gehe jedes Verständnis für die "über dem Wollen der Einzelnen stehenden Einheiten der Familie, des Stammes, des Volkes" (3) verloren.

Darin tritt nach Auffassung Sarweys offen zutage, daß der Liberalismus diese natürlichen Einheiten in ihrem Wesen verkannt und nicht erfaßt habe, daß sie viel mächtiger wirken als der einzelne.

Mit der Verabsolutierung eines abstrakten Freiheitsideals als Grundlage des Staates trete der einzelne mit dem ihm eigenen egoistischen

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

Wesen in den Mittelpunkt der Betrachtung (1). Seine Interessen seien deshalb ganz zwangsläufig mit den Interessen des Staates gleichgesetzt worden. Daraus resultiere die Unterschätzung des negativen Einflusses der Gesellschaft, der multiplizierten einzelnen, auf den Staat. Da Sarwey in der Gesellschaft nur "die durch Interessen verbundene Vielheit der Einzelnen" sieht, "deren jeder seinen unbeschränkten Egoismus hat", ist seiner Ansicht nach der liberale Staat dem Einzelegoismus ausgeliefert. Er werde dadurch zu einem Kampfplatz der Individualinteressen, der "der Gefahr eines ständigen Krieges aller gegen alle" (2) ausgesetzt sei. In Sarweys Staatsbegriff ist dagegen "für die schrankenlose Betätigung des individuellen Willens ... kein Raum" (3).

Der Liberalismus versuche auch, den Staat aus dem Rechtsbegriff als Rechtsanstalt zu konstruieren. Sarwey sieht darin einen Grundfehler der

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 10

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 10

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 10

dem Kant'schen Staatsbegriff folgenden Schule des extremen Liberalismus, als deren Vertreter er ausdrücklich Rotteck und Welcker bezeichnet (1). In ihren Lehren werde die irrige Ansicht des Liberalismus deutlich, daß der Staat nur in den einzelnen zu seiner Wirklichkeit gelange (2). Das Fehlen natürlicher Einheiten im liberalen Staatsbegriff und seine abstrakte Konstruktion müssen nach Sarweys Ansicht notwendig zu einer "künstlichen Fiktion ohne Realität" (3), zu einer "unwahren Abstraktion" (4) des Staatsbegriffs führen.

Würdigung der abstrakten - vernunftrechtlichen Methode

Bei aller Schärfe der Kritik gesteht Sarwey dem Liberalismus doch zu, daß er die Bedeutung des individuell - persönlichen Moments für den Staatsbegriff erkannt habe (5). Denn auch nach

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 13

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 13

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 19

(5) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

Sarweys Ansicht hat der Staat die Fähigkeit zu handeln nur durch einzelne, die mit ihrer Zugehörigkeit zum Volk und mit ihrer Bestimmung für das Volk ihre Natur als einzelne, als selbstbewußte handlungsfähige Individuen mit ihren besonderen Interessen und eigenen selbstischen Zwecken nicht aufgeben (1).

Der Liberalismus habe so das historische Verdienst, den Anspruch des Individuums auf persönliche Freiheit gegen deren Beschränkung durch die absolute Staatsgewalt verfochten zu haben. Er habe damit "Regierenden und Regierten das geboten, was beide Teile wünschen mußten: den Regierten die persönliche Freiheit, den Regierenden das Mittel, revolutionären Gefahren zu begegnen (2) und damit den Staat institutionell zu erhalten.

Staat und Recht stehen auch bei Sarwey in enger Beziehung. Doch ist das Recht dem Staat

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 8/9

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 30

nicht vorgeordnet wie im liberalen Staatsdenken. Scharf wendet sich Sarwey dagegen, ein vorstaatliches Recht anzuerkennen: "Es gibt kein Recht außer im Staate" (1). Philosophische Rechtserwägungen, die zum "Gewissen" für eine Staatsrechtslehre werden könnten, sind bei Sarwey nicht zu finden. Deshalb lehnt Sarwey auch ein Vernunftrecht a priori ab. Er ist zwar bereit, anzuerkennen, daß das Recht "als eine Forderung der menschlichen Vernunft den Willen bestimmt" (2), aber er betont ausdrücklich, "zu dem Rechtsbegriff gelangt man nur über den Staatsbegriff" (3). Die Distanz vom vernunftrechtlich geprägten liberalen Rechtsdenken ist deutlich. Der Grund für das Recht ist auch nicht darin zu suchen, daß das menschliche Zusammenleben vernünftigerweise eine äußere Ordnung der menschlichen Beziehungen erfordere. Recht ist "Zwang in seiner ursprünglichen Bedeutung" (4).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11

Sarwey wendet sich gegen die Auffassung, im Recht das aktuell gewordene Naturrecht zu erkennen. Diese Deduktion erscheint ihm zu sehr konstruiert und pathetisch. Gemeinsamkeiten von Recht und Naturrecht sieht er insoweit, als sowohl das positive Recht, wie auch das Naturgesetz für den einzelnen eine Norm und allgemeinverbindliche Regel sei, die die Willensfreiheit des einzelnen beschränke (1). Der Unterschied liegt für ihn darin, daß das Naturgesetz unabänderlich, das positive Recht dagegen reversibel ist (2).

Zusammengefaßt läßt sich feststellen, daß Sarwey die vernunftrechtliche Methode zwar kritisiert, seine Kritik aber vor allem auf die dogmatisch-vernunftrechtliche Position des Liberalismus zielt. Denn während dieser das Recht dem Staat vorordnet, sieht Sarwey aus sachlich-praktischen Erwägungen den Staat als Ausgangspunkt für das Recht an.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 12

Kritik am liberalen, "politischen" Rechtsstaat

Sarwey versteht seine Kritik am liberalen Staats- und Rechtsbegriff als Revision der Grundbegriffe des Staatsrechts. Rechtsstaat ist "die Bezeichnung für den Staat, welche der liberale Rationalismus im Anschluß an den Kant'schen Staatsbegriff als die Anstalt zur Wahrung der Rechtsordnung konstruiert hat" (1). Dieser Staatstyp habe seine Aufgabe nur darin gesehen, den einzelnen vor dem Staat zu schützen. Nur diesem Staatszweck habe die systematische Darstellung der Rechtsnormen gedient. Individuum und Staat hätten sich als Gegensätze gegenübergestanden. Da der Staat aufgrund seiner Machtmittel der Überlegene gewesen sei, habe die Stellung des einzelnen gestärkt werden müssen. So sei der Staat darauf beschränkt worden, Anstalt zur Wahrung der Rechtsordnung zu sein.

Dieser Auffassung stellt Sarwey seinen Verfassungsstaat gegenüber. Er orientiert sich an

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

einem objektiven Zweck: dem öffentlichen Interesse. Sarwey sieht demgegenüber im liberalen Rechtsstaatsbegriff eine Verengung des Wesens des Staates auf einen rein individualistisch-subjektiven Zweck: das Wohl des einzelnen. Im Gegensatz dazu ist das öffentliche Interesse weitgespannt: es geht über das individuelle hinaus (1).

Den rein individualistisch-subjektiven Zweck sieht Sarwey in den drei Grundsätzen verwirklicht, die nach seiner Meinung das Wesen des liberalen Rechtsstaates ausmachen (2):

1. in dem von Montesquieu entwickelten Grundsatz der Gewaltenteilung;
2. in Rousseaus Prinzip der Volkssouveränität;
3. in der Beschränkung des Staates auf eine Rechtsanstalt zur Wahrung des Rechts.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 19

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 31

Aus allen drei Prinzipien werde der Kampf der liberalen Staatsrechtslehre gegen die Beherrschung und Beschränkung des einzelnen durch den Staat sichtbar (1). Der Liberalismus habe damit ein fertiges System entwickelt, "nach welchem man nur greifen zu müssen schien, um den Regierenden das zu bieten, was beide Teile wünschen mußten, den Regierten die persönliche Freiheit, den Regierenden das Mittel, den revolutionären Gefahren zu begegnen" (2).

Obwohl Sarwey die Einseitigkeit dieser Auffassung als Fiktion und Selbsttäuschung kennzeichnet (3), bestätigt er ihr eine relative Berechtigung. Diese liege in dem Gedanken, "daß es für die Staatsgewalt eine Grenze der Herrschaft gibt, bei deren Überschreitung die Einzelnen nicht nur zum Widerstand berechtigt sind, sondern auch den Widerstand erfolgreich

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 30

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 31

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29

leisten" (1). Von diesem Standpunkt aus bringt Sarwey sogar ein gewisses Verständnis für die Französische Revolution auf. Die Revolution sieht er als den "gewaltsamen Ausbruch des in jedem Staat vorhandenen Konflikts zwischen der Willensfreiheit des einzelnen und ihrer Beschränkung durch den Staat" (2) an. Um diesen Zustand zu vermeiden, habe der Liberalismus nach einer Rechtsordnung gesucht, "welche einen solchen Konflikt für alle Zukunft ausschließen sollte, und diese glaubte man gefunden zu haben, indem man den Staat als das Produkt der Willensfreiheit des einzelnen konstruierte und die in jedem Staat liegende Beschränkung der individuellen Freiheit auf den Vertrag zurückführte" (3).

Sarwey hält dieses Bemühen aus der historischen Situation gesehen zwar für verständlich, vom objektiven Standpunkt her betrachtet aber für

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 28

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29

eine Selbsttäuschung (1). Denn bei der Definition des Rechtsstaates stimmen Sarwey und die liberalen Staatsdenker zwar darin überein, daß die Staatsgewalt vom Recht geprägt sein muß. Der Liberalismus verengt dieses Problem aber nach Sarweys Ansicht unzulässigerweise auf das Verhältnis des einzelnen zur Staatsgewalt. Aufgrund seiner dualistischen Denkweise sehe er dieses Verhältnis rein antithetisch, so daß es ihm nicht gelinge, den Dualismus von Staat und Individuum zu überwinden (2).

Die liberale Annahme, der Grund der Unterordnung des einzelnen unter die Staatsgewalt liege theoretisch in einem Akt des freien Willens, mußte nach Ansicht Sarweys notwendig dazu führen, daß die Befugnisse der Staatsgewalt soweit wie möglich beschränkt wurden (3). Denn im Zweifel habe der einzelne immer nur soviel

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 31

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29

von seiner persönlichen Freiheit aufgeben wollen, wie unbedingt notwendig gewesen sei, daß neben ihm auch noch andere existieren könnten. Der liberale Staat habe sich so zur bloßen "Versicherungsanstalt der gegenseitig bewilligten Rechte, zur Rechtsveranstaltung im engsten Sinne" (1) entwickelt. Sarwey lehnt alle diese Definitionen ab (2). Er definiert stattdessen: "Die Staatsgewalt ist der Staat nach der Seite seiner Aktivität betrachtet. Sie ist ihrem Begriff nach dieselbe Kraft in der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und Verwaltung" (3). Die Staatsgewalt orientiert sich an den öffentlichen Interessen (4). Die klassische Gewaltenteilungslehre kann er, hier übrigens in Übereinstimmung mit vielen Liberalen, nicht übernehmen (5). Doch sieht er auch hier einen richtigen Grundgedanken, nämlich, "daß die einzelnen Funktionen der Staatsgewalt, welche bisher ungeteilt in der

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 15

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 15

(5) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

Hand des absoluten Herrschers vereinigt waren, bestimmt und gegeneinander abgegrenzt, überhaupt die ganze Rechtsordnung in Gesetzen freigestellt werde " (1).

Allerdings sei auch dieser an sich richtige Grundgedanke überspitzt worden, als jede Staats-tätigkeit letztlich nur noch dann für berechtigt angesehen worden sei, wenn sie gesetzlich geregelt war. Das habe zu einer Überbetonung der Legislative geführt.

Diese Interpretation der Gewaltenteilung weise aber wesentliche Mängel auf: sie vertrage sich weder mit dem monarchischen Prinzip (2), noch mit dem Grundsatz der Einheit der Staatsgewalt (3). Wenn sich in der Gewaltenteilung Montesquieus richterliche und gesetzgebende Gewalt scharf gegenüberstehen, sich kontrollieren und neutralisieren, dann besteht nach

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 29, 30

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

Sarweys Auffassung insofern eine Lücke in dem System, als ihr der Begriff der Verwaltung und damit jedes Verständnis für die Exekutive abgeht (1). Deshalb fehle auch eine entsprechende Verwaltungsrechtsordnung, So konnte jene Theorie, in welcher man alle Garantien der Freiheit gefunden zu haben glaubte, nicht verhindern, "daß der Polizeistaat, als der Staat der willkürlichen Beherrschung unter Berufung auf das öffentliche Wohl, sich neben dem Konstitutionalismus, und geschützt durch diesen, an die Stelle des absoluten Staates setzte" (2). Anstatt die gesetzgebende, rechtssprechende und vollziehende Tätigkeit nur als die verschiedenen Äußerungen des einen, ungeteilten Staatswillens zu organisieren, habe man abstrakte Teilungsgrundsätze verfochten, die sich in der Praxis als undurchführbar erwiesen hätten (3). Damit habe man die Staatsgewalt paralysiert.

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

Gegenüber diesem extremen Liberalismus tritt Sarwey für einen vernünftigen Individualismus ein, der die aufgeworfenen Probleme sachlich-praktisch sieht und so zu lösen versucht. Er ist der Ansicht, die Anwendung staatlicher Gewalt gegen den einzelnen müsse befürwortet werden, wenn die Staatsordnung selbst in Frage stehe (1). Denn das öffentliche Interesse habe dem des einzelnen vorzugehen (2). Der Staatswille müsse die Macht haben, den individuellen Willen zu bestimmen, wenn auch Garantien dafür bestehen müßten, daß nicht das Interesse weniger oder gar einzelner Inhaber staatlicher Gewalt auf Kosten des einzelnen befriedigt werde (3). Das geschehe, wenn "durch das Gesetz die Aufgaben der einzelnen Organe des Staats bestimmt und die Befugnisse der Staatsgewalt geregelt und damit begrenzt sind" (4).

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 14

Zusammengefaßt läßt sich feststellen, daß Sarwey mit seiner Kritik am Liberalismus dessen vernunftrechtlich abstrakt-theoretische Methode treffen will, der er seine sachbezogen-formal-juristische gegenüberstellt. Er lehnt den extremen Individualismus ab. Dem liberalen Rechtsstaat, dessen Hauptzweck die Sicherung der Individualrechte ist, stellt er seinen institutionellen Verfassungsstaat gegenüber, dessen eigentlicher Zweck die Verwirklichung des öffentlichen Interesses ist (1). Diesem Interesse ist das Individualinteresse untergeordnet. Sarwey kommt es auch nicht auf eine philosophische Begründung der Staatsgewalt an. Sie ist einfach faktisch vorhanden: der Staat hat Machtmittel. Diesen Staat will Sarwey juristisch in den Griff bekommen. Das zeigt sich bei der Bestimmung des Verfassungsstaats. Er wird vom juristischen Standpunkt aus erschlossen, ohne politische oder ethische Wertung, und als formales Organisationsprinzip dargestellt. Insofern ist Sarwey bereit, die prak-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

tischen Ergebnisse der liberalen Staatsauffassung für die deutsche Staatswirklichkeit positiv zu werten (1): die Begrenzung der absoluten Staatsgewalt, die staatliche Rechtsordnung auf den Gebieten des Privat- und Strafrechts, die Organisation der staatlichen Gewalt nach gesetzgebender, richterlicher und verwaltender in besonderen Organen.

Der tiefe Unterschied zwischen dem liberalen und konstitutionellen Staatsbegriff liegt darin, daß der liberale ein politisch-metajuristisches Ideal, der konstitutionelle ein juristisch-formales Organisationsprinzip darstellt.

2. Stellungnahme zum konservativen Staatsdenken

Auch bei der Kritik am konservativen Staatsbegriff geht Sarwey von der Staatsdefinition Savignys aus. Er behauptet, die historische Schule, habe den Volksbegriff in dieser Definition einseitig interpretiert und damit eben-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 31

so wie der Liberalismus die Staatsrechtslehre auf falsche Bahnen gelenkt (1). Eine fruchtbare Wirkung des Savigny'schen Staatsdefinition sei deshalb nicht möglich gewesen. Die Einseitigkeit der historischen Schule lag nach Sarweys Ansicht vor allem darin, daß "das Moment des Willens, welches mit der Personifizierung des Volkes im Staate gegeben ist" (2), zurückgedrängt worden sei: denn sie "ignorierte, daß das Volk wahre Persönlichkeit, die Fähigkeit zu handeln, nur durch Einzelne und in den Einzelnen erhalten kann, und daß diese ... ihre Natur als Einzelne, als selbstbewußte, handlungsfähige Individuen mit ihren besonderen Interessen und eigenen selbstischen Zwecken nicht aufgeben (3).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 8

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 8

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

a) Ablehnung der romantischen Staatsauffassung
und der historischen Schule

Dieses Versäumnis sieht Sarwey als Grund dafür an, daß das Volk als Naturprozeß und infolge der Identifizierung von Volk und Staat auch der Staat "zum Schlußstein, zur letzten Frucht dieses Naturprozesses" (1) erklärt worden sei. Aus einer dogmatischen Gegnerschaft zum Rationalismus sei dem Staat jedes Moment des Persönlichen abgesprochen worden. Die Folge sei gewesen, daß "die Möglichkeit einer freige-
wollten Bildung und Fortbildung ... der Einrichtungen des wirklichen Staats verneint" (2) wurde.

Sarwey bemängelt ferner, daß in diesem Staatsbegriff der Einzelne nur noch als "Accidenz der Staatssubstanz" (3) seinen Platz gehabt habe. Entscheidend für die Fehlentwicklung seines Staatsbegriffes sei aber gewesen, daß er keinen Hinweis auf das innere Wesen des Staa-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

tes enthalten habe. Stattdessen sei "die Vorstellung vom Staat ... im Volksbegriff, seine Prädizierung als Organisation des Volkes beim Bilde (1)" stehengeblieben.

Die historische Schule bezeichnet Sarwey als reaktionär, in der ein der Romantik verwandter Geist herrsche. Das Prädikat "reaktionär" kennzeichnet auch seine Einstellung zur romantischen Staatsauffassung (2). Sarwey wirft ihr die Anbetung der unabänderlichen Vergangenheit, der mittelalterlichen staatlichen Zustände und eine Neigung zum Staatsabsolutismus vor (3). Von daher ist es klar, daß er die Staatsvorstellungen Stahls und Steins als eindeutig ablehnt. Doch erkennt Sarwey an, daß im konservativen Staatsbegriff die richtige Erkenntnis enthalten sei, daß "der Staat ... unter den Gesetzen eines Naturprozesses" (4) stehe.

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

Sarwey knüpft an die Identitätsphilosophie Hegels und der daraus resultierenden Hochachtung vor der Institution der Staates an, wenn er ausführt: "Nichts destoweniger wird es für unser Begreifen des Staates stets eine Grenze geben, wo das Unbegreifliche, Unerklärbare beginnt. Das Unbegreifliche im Staat liegt in der Unmöglichkeit, das Volk in seiner Totalität zu erfassen" (1). Dieses Unbegreifliche sieht er in den verschiedenen, im Volk wirkenden Kräften. Sie treten in Erscheinung in der Weltgeschichte und in den "unerforschlichen Geschieden der Völker" (2).

In diesem Zusammenhang beruft sich Sarwey auf Lorenz von Stein, dem er bescheinigt, das Moment des Persönlichen im Staat richtig gewürdigt zu haben, und führt aus: "Der erste dieser Faktoren ... ist die freie Selbstbestimmung der Persönlichkeit, der unendliche Keim der Entwicklung. Der zweite dieser Fakto-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 13, 14

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 14

ren ist dagegen die äußere Welt, die ihr eigenes Dasein hat und die den Einzelnen auf allen Punkten umgibt und umschränkt..." (1).

b) Übernahme von Elementen der konservativen Staatsauffassung

An Stein und Gneist knüpft Sarwey mit seinen Untersuchungen über den Staat ausdrücklich an und lobt den hohen Wert und die bahnbrechende Bedeutung ihres Staatsdenkens, weil sie einer Staatsauffassung entgegengetreten seien, "welche glaubte, den Volkswillen in der Rechtsordnung erschöpfen und in einer Reihe von Richtersprüchen verwirklichen zu können" (2).

Insofern kommt Sarwey auch in Einzelfragen mit Stein und Gneist zu übereinstimmenden Ergebnissen. So mit Stein bei der Definition der vollziehenden Gewalt (3), mit Gneist hinsichtlich der Notwendigkeit der Selbstverwaltung (4)

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 14

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S. 7

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 53 f.

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 38 ff.

Gemeinsam ist ihnen auch die Beschäftigung mit dem Problem des Dualismus von Staat und Gesellschaft, das sie in ihrem Staatsbegriff lösen wollen. Der entscheidende Unterschied zwischen Sarwey und den konservativen Staatsdenkern liegt in der unterschiedlichen Methode, die sie zur Lösung des Problems einschlagen. Die konservativen Staatsdenker bedienen sich einer sach- und zweckbezogenen (1), Sarwey der juristisch-konstruktiven Methode: Zweck, Funktion und Bedingtheit der Institutionen liegen jenseits ihres Begriffs (2).

Ob ein Staat Rechtsstaat ist, beurteilt sich bei Sarwey wie bei den Konservativen danach, ob die Staatsgewalt und ihre Äußerungen vom Recht bestimmt werden. Damit verbunden ist notwendigerweise eine Differenzierung der Staatsgewalt. Der klassischen Gewaltenteilungslehre Montesquieus stehen die Konservativen von vornherein negativ gegenüber, weil es ih-

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 126 f., 145 f.,
und 158 f.

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 212 f.

nen darum geht, die Einheit des Staates und ihren Ausdruck, die Monarchie, zu wahren (1). In engem Zusammenhang damit steht ihr Kampf für das monarchische Prinzip: der König verkörpert und übt die Staatsgewalt aus, in seiner Person symbolisiert sich die Einheit des Staates (2). Dem stimmt Sarwey ausdrücklich zu. "Allgemein anerkannt ist, daß die Theorie von der Teilung der Gewalten, welche i. S. des modernen Staates auf Montesquieu zurückzuführen ist, an wesentlichen Mängeln leidet, wie sie auch zweifellos zu Konsequenzen geführt hat, welche ... mit dem monarchischen Prinzip nicht vereinbar sind" (3). Sarwey teilt auch die übrigen Einwände so, daß eine strenge Gewaltenteilung den Staat in einzelne Teile zergliedern und ihn handlungsfähig machen müsse, und daß eine strenge Teilung nicht möglich sei, weil jede Funktion einen Teil der anderen einschließe (4). Sarwey stützt seine Kritik

(1) Ellwein, S. 85 f

(2) Ellwein, S. 86 f.

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 20

auch auf Stein (1). Den Grundgedanken der Gewaltenteilungslehre hält er jedoch für richtig, nämlich die Äußerungen der Staatsgewalt bestimmbar und damit auch kontrollierbar zu machen (2). Wenn er statt der Teilung der Staatsgewalt eine organische Teilung ihrer Äußerungen vorschlägt, dann befindet er sich sowohl mit Stahl, als auch mit Stein und Gneist in Übereinstimmung. Anders ist jedoch die Begründung: sie beruht "auf inneren, für das Staats- und Rechtsleben maßgebenden Gründen ..." (3). Hier zeigt sich deutlich der methodische Unterschied.

Auch die Rolle der Staatsgewalt sieht Sarwey ähnlich wie der Konservative Stein (4): sie ist auf Verwirklichung des öffentlichen Interesses gerichtet (5). Dieses fällt mit der Verwirk-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 21

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 21

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 21

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 21/22

(5) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12

lichung der Rechtsordnung zwar zusammen, ist aber nicht darauf beschränkt. Auch Sarwey verlegt, wie die Konservativen, den Schwerpunkt der Staatstätigkeit auf die Exekutive (1). Er übernimmt den Begriff der vollziehenden Gewalt von Stein (2). Er bestätigt ihm, daß er die beiden Momente Vollziehung und Gewalt in eine richtige Beziehung zueinander gebracht habe; denn der Exekutive fallen auch bei ihm alle Staatsaufgaben zu, die über die bloße Aufrechterhaltung der Rechtsordnung hinausgehen (3).

Der Verwirklichung des Rechtsstaatsgedankens in der Verwaltung dient das Prinzip von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (4). Sarwey übernimmt von Gneist die Formulierung, daß die Verwaltungsgesetzgebung der Regulator der

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12/13

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 21/22

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 13

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 31

der Verwaltung sein müsse (1). Als Mittel zur Sicherung des Rechtsstaats in der Exekutive befürwortet er die Selbstverwaltung. Allerdings sieht er in ihr mehr ein Organisationsmittel, nicht jedoch eine Kompetenzbezeichnung (2): "Auch nach dieser Seite ist daher das Bedürfnis der Ausdehnung der Selbstverwaltung nicht so allgemein und unabweisbar, wie von Gneist angenommen wird. Endlich scheint Gneist den Wert der Selbstverwaltung zu überschätzen, wenn er hiervon die Verwirklichung des Rechtsstaats durch Überwindung der Parteiregierung erwartet" (3). Sarwey sieht zudem in der Selbstverwaltung eine bedenkliche Tendenz, Interpretation durch Jurisdiktion zu ersetzen, wenn damit der Rechtsstaat garantiert werden soll (4). Doch trotz dieser mehr praktischen Einwände sieht Sarwey in der Selbstverwaltung ein positives

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 37

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 38

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 42

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 43

Element auch seines Verfassungsstaats (1).

Bei der Definition der Gesetzgebung und ihrer Aufgaben ergeben sich ebenfalls keine schwerwiegenden Unterschiede zu Stahl und Gneist. Die Gesetzgebung fällt in der konstitutionellen Monarchie dem König und der Volksvertretung zu (2). Beide sind gesetzgebende Faktoren. Gesetz ist jeder vom Staatsoberhaupt mit Zustimmung der Volksvertretung erlassene, in einem Rechtssatz formulierte Befehl (3). Mit Gneist und Stahl unterscheidet Sarwey formelle und materielle Gesetze, ohne daß diese Beziehungen jedoch den Gehalt und die Bedeutung besitzen, der ihnen heute innewohnt (4). Für Sarwey ist jedes formelle auch ein materielles Gesetz, weil es dessen Natur annimmt (5). Auch hinsichtlich der Rechtsprechung übt Sar-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 38

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 24

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 25

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 1

(5) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 26

wey keine Kritik an den konservativen Vorstellungen. Er lehnt zwar eine Verwaltungsrechtssprechung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit (1) ab, bejaht aber eine sogenannte Verwaltungsjurisdiktion. Darunter versteht er die "mit zwingender Kraft erfolgende Bestimmung menschlicher Lebensverhältnisse durch die Organe des Staates mit Ausschluß der von den Gerichten geübten Justiz" (2).

c) Kritik an konservativen Vorstellungen vom Rechtsstaat

Sarwey kritisiert an Gneists und Steins Definitionen des Rechtsstaats den abstrakten Begriff "Gemeinschaft der Menschen" (3), der sich in ihrem Staatsbegriff findet. Sarwey will ihn durch den konkreten Volksbegriff ersetzen (4). Die Stein gezollte Zustimmung, aber

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 45

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung S.4

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 15

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 15

auch die Kritik, gilt in gleicher Weise den Auffassungen Gneists, weil diese die Gesellschaftstheorien Steins aufnehmen (1). Zwar stimmt Sarwey der Feststellung zu, daß sich jedes Volk "nach dem Besitz der äußeren und geistigen Güter, zu deren Aneignung und Genuß die Menschheit bestimmt ist" (2), gliedere, und daß insoweit mit dem Volksbegriff auch der Gesellschaftsbegriff in den Staatsbegriff einfließe. Doch lehnt Sarwey die Identifikation von Volk und Gesellschaft, die dann nach der Definition Savignys gleichzeitig eine solche von Staat und Gesellschaft wäre, ab (3). So führt Sarwey aus: "Auch Stein wird dem Volksbegriff nicht gerecht, wenn er das Volk "eine bestimmte Gesellschaftsordnung" nennt. Die Gesellschaft ist eine Vielheit Einzelner in ihren durch ihre Einzelinteressen bedingten Wechselbeziehungen ..." (4). Zwar sei es nicht

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 159, Fußnote 4

(2) Gneist, Rechtsstaat, S. 1, zit. bei Sarwey, Öffentliches Recht, S. 18

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 21

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 21

ganz unrichtig, das Volk eine Gesellschaftsordnung zu nennen, weil das Volk eine Vielheit zusammengefaßter einzelner sei. "Allein der Staatsbegriff ist damit nicht erschöpft. Es fehlt ihm das wesentliche Moment des Volkes, die natürliche Grundlage der Einheit ..." (1).

An den Vertretern der historischen Schule kritisiert Sarwey, daß sie das Recht als immanenten Naturprozeß begreifen (2). Das sei mit der Wirklichkeit unvereinbar: "So wurde ihr, sehr im Widerspruch mit der Wirklichkeit, das Recht wieder zur Volkssitte, sein Werden ein immanenter Naturprozeß" (3). Das habe dazu geführt, daß das Gesetz nichts als die Erkenntnis und Formulierung des Gewohnheitsrechts darstellen sollte. Damit werde "der Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung verneint" (4).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 21/22

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

(4) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

Sarwey lehnt auch die Identifizierung von Recht und Sittlichkeit ab. Zwar leugnet er nicht, daß Recht und Sittlichkeit ethische Begriffe sind und insofern Gemeinsamkeiten aufweisen: "Aber, daß das Recht einen ethischen (subjektiv-sittlichen) Inhalt hat, liegt nicht im Rechtsbegriff, sondern in dem Volksgeiste, aus welchem der Inhalt des Rechts sich erzeugt" (1). Für Sarwey bedeutet Recht in erster Linie Zwang. Von dieser Auffassung her ist es nur konsequent, wenn er ausführt: "Die Vermischung des Rechtsbegriffes mit dem Sittlichkeitsbegriff erzeugt eine unrichtige Vorstellung von dem Wesen des Rechts und führt zu falschen Konsequenzen" (2). Eine dieser falschen Konsequenzen sei bei Stahl, daß er auch den Staat als letzte Frucht, als Schlußstein des Werdens des Rechts in einem immanenten Naturprozeß, begreife (3).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 11

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 9

Daraus resultiert der unterschiedliche Begriff vom Rechtsstaat. Denn: "in dem Rechte schließt sich die Gesellschaft mit der natürlichen Einheit des Volkes zusammen" (1). Diese natürliche Einheit des Volkes ist der Staat. Aufgabe des Rechtes ist also die Harmonisierung des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft. Sarweys Verfassungsstaat ist der Staat, in dem der Dualismus von Staat und Gesellschaft durch das Recht aufgehoben ist. Der Rechtsstaat wird zum Organisationsprinzip. Dabei ist es Sarweys Ziel, "auf dem Gebiete, auf welchem sich der Staat und die Gesellschaft berühren und die bedenklichsten Reibungen des politischen Lebens entstehen" (2), feste Begriffsbestimmungen durch juristische Formulierung zu entwickeln. Damit sind die konservativen Vorstellungen vom Rechtsstaat als "Art und Form der Verwirklichung des sittlichen Reiches" kritisiert. Denn die Kategorien der Sittlichkeit haben in Sarweys Rechtsstaatsbegriff keinen Platz, weil er ihn unter

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 13

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung S. 5

dem vorherrschenden Gesichtspunkte der folgerichtigen Begriffsentwicklung mit Beziehung auf die Rechtsanwendung darstellt (1). Dabei hofft er so scharf zu erfassen, daß sich das "dem Rechtsstudium und der Praxis nützlich erweist" (2). In diesem Bemühen liegt nicht zuletzt der Schwerpunkt seiner Kritik.

C. Zusammenfassung: Ergebnisse und Erkenntnisse

Ziel der Untersuchung war es, die Entwicklung vom frühliberalen zum konstitutionellen Staatsbegriff unter besonderer Berücksichtigung der Lehren Otto von Sarweys darzustellen. Das führte dazu, Wesen und Wandel der Vorstellungen vom Staat als Rechtsstaat aufzuzeigen. Denn das war das zentrale Thema der Staatsrechtslehre im 19. Jahrhundert (3).

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S.

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S.

(3) Huber, Verfassungsgeschichte III, S. 3

Die Entwicklung dieses Staatsbegriffs sollte durch die Gegenüberstellung der Lehren liberaler, konservativer und konstitutioneller Staatsdenker verdeutlicht werden.

Die Ergebnisse und Erkenntnisse dieser gegenüberstellenden Darstellung, wobei im Rahmen der Schlußbemerkung die Beschränkung auf die wesentlichsten Themen geboten ist, sind folgende:

1. Der L i b e r a l i s m u s , die in der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts vorherrschende politische Theorie (1), hat kein einheitliches und geschlossenes Staatsbild hervorgebracht.

Es zeigen sich historisch gesehen zwei Entwicklungsperioden, denen auch zwei methodisch in der Staatsauffassung voneinander abweichende Staatsdenkergenerationen entsprechen.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II. S. 374

Der frühe Liberalismus eines Rotteck, Aretin und Jordan ist noch ganz der rationalistischen Aufklärung und dem Naturrecht verhaftet (1). Er wendet die Staatsbetrachtung, die sogenannte vernunftrechtliche Methode an. Diese zeichnet sich durch ihre doppelte Abstraktion aus: das Absehen vom epirischen Dasein und das Außerachtlassen geschichtlicher Gegebenheiten (2). Diese Methode sucht den Staat als vernunftrechtliche Konstruktion zu erfassen.

Starken Einfluß übt Kants Rechtsphilosophie aus: der Staat ist eine Institution des Rechts (3). Das bedeutet: der Staat hat den eng begrenzten Zweck, das Recht zu verwirklichen; der Staat ist inhaltlich. Rechtsstaat. In dieser Verengung wird er zum Kampfbegriff gegen den absolutistischen Wohlfahrtsstaat und seine Omnipotenz (4).

(1) Ellwein, S. 34

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 67 f, 99 f, 112 ff.

(3) Kant, Rechtslehre, S. 141

(4) Ellwein, S. 24

Das entspricht dem allgemeinen Fortschritts-
glauben und drückt das Selbstbewußtsein der
bürgerlichen Gesellschaft gegen die staatliche
Bevormundung aus.

Das neue Staatsideal gründet sich auf den bür-
gerlichen Individualismus und beschränkt den
Staat auf die Wahrung des Rechts (1). Der Ver-
such, die staatsfreie Sphäre des Bürgers zu
erweitern, hängt eng mit der Idee der Menschen-
rechte zusammen (2). Diese sind v o r s t a a t -
l i c h , unabhängig von der Existenz des Staa-
tes. Daraus folgt, daß das Recht schlechthin
dem Staat vorgeordnet ist: der Staat ist
Rechtsanstalt, Rechtskonstruktion zum Schutz
der Individualrechte (3).

Aus der Verengung des Staatszweckes und seiner
Beschränkung auf die Wahrung des Rechts ergibt

(1) Ellwein, S. 24

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 374

(3) Ellwein, S. 19

sich auch die Begrenzung der Staatsgewalt. Dem rechtsstaatlichen Denken entspricht ein bestimmtes staatliches Organisationsprinzip: die durch die Freiheit des einzelnen begrenzte staatliche Gewalt ist in bestimmte Kompetenzbereiche aufgeteilt. Die Kompetenzen sind in einer Summe genau umschriebener Zuständigkeiten erfasst. Alle staatlichen Machtausübungen sollen meßbar werden (1).

Die Gewaltenteilung nach den Vorstellungen Montesquieus wird überwiegend abgelehnt, das Prinzip der Einheit des Staates als Eigenwert erachtet (2). Die Staatsgewalt wird aber gegliedert. Es handelt sich um eine organisatorische Sonderung ihrer Ausübungen mit dem Schwerpunkt bei der gesetzgebenden Gewalt (3).

Der frühliberale Rechtsstaat ist ein abstraktes Phänomen, dem die Gesellschafter

(1) Ellwein, S. 24

(2) Ellwein, S. 21

(3) Ellwein, S. 20

als konkrete Verkörperung des Individualinteresses gegenübersteht (1). Diesen Dualismus kann der Frühliberalismus nicht überwinden: er fordert zwar die Wandlung des Staates, steht ihm aber ablehnend gegenüber (2). Andererseits ist er der optimistischen Ansicht, daß mit der gedanklichen Umwandlung des Staates in einen Rechtsstaat ein Zustand erreicht ist, der keinen weiteren praktischen Einsatz für die Staatsgestaltung mehr erfordert (3). So zeigt sich ein merkwürdiges Gegeneinander von größtem theoretischem Interesse an der Staatsgestaltung einerseits und mangelnder praktischer Bereitschaft am vorhandenen Staat gestaltend mitzuarbeiten andererseits. Der prinzipiell unbegrenzten individuellen Freiheit steht die prinzipiell begrenzte und daher meßbare und berechenbare Staatsgewalt gegenüber (4). Eingriffe sind

-
- (1) Ellwein, S. 22
(2) Ellwein, S. 23
(3) Ellwein, S. 22/23
(4) Ellwein, S. 24

dieser Staatsgewalt nur aufgrund von Gesetzen erlaubt. Das Staatsleben wird j u s t i z - f ö r m i g (1). Der frühliberale Rechtsstaat bleibt also ausschließlich von dem Zweck bestimmt, die Freiheit des einzelnen zu wahren; diese Aufgabe kennzeichnet ihn als Rechtsstaat.

Der n a c h r e v o l u t i o n ä r e Liberalismus eines Mohl und Welcker bedeutet eine Entwicklungsperiode im Übergang. Er ist zwar immer noch stark den frühliberalen Anschauungen verbunden (2). Das Erlebnis des Scheiterns der Revolution führt aber zu einem mehr s a c h - u n d z w e c k b e z o g e n e n D e n k e n . Das vorrevolutionäre Pathos tritt zurück, mit ihm das Theoretisieren; Tatsachen und politische Realitäten werden zur Kenntnis genommen. Der Staat wird als eine vernunftnotwendige Einrichtung be-

(1) Ellwein, S. 25

(2) Böckenförde, Gesetz. S. 178/179

griffen, auf die es durch Mitarbeit Einfluß zu gewinnen gilt (1). Die Basis des liberalen Staatsdenkens erweiter sich. "Mit dem Begriff Rechtsstaat wurde mehr der begrenzte Staatszweck umschrieben, der Verfassungsstaatsbegriff dagegen enthielt die institutionelle Garantie des Rechtsstaats" (2). Der Staat ist Rechtsstaat mit formalen Garantien für die Beobachtung staatsrechtlicher Normen. Er wird zum **a u s g e s t a l t e t e n** **R e c h t s s t a a t**, bleibt nicht nur ein inhaltliches Postulat. Als solcher hat er als unabdingbares Kennzeichen, daß im Staatsleben eine organisatorische Sonderung der Exekutive von der Gesetzgebung und Rechtsprechung durchgeführt ist (3). Es findet eine Verteilung dieser Tätigkeit an Organe verschiedener Individualität statt. Mehr und mehr tritt die **V e r f a s s u n g** in den Mittelpunkt der Betrachtung, insbesondere das in ihr vorgeschriebene

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 387

(2) Ellwein, S. 19

(3) Ellwein, S. 19 f

Gesetzgebungsverfahren. Der Staat wird G e -
s e t z e s s t a a t (1). Die frühere ideali-
stische Betrachtungsweise wird als Unding ver-
worfen. Eine konkret-begriffliche Betrachtungs-
weise setzt ein: an die Stelle der Kritik
tritt die Beschreibung (2). Das Verständnis
für ein historisch-genetisches Denken wächst
(3). Aus ihm geht schließlich die liberale
o r g a n i s c h e S t a a t s l e h r e
hervor. "Nach der liberalen Staatstheorie ge-
hört zum Wesen des Verfassungsstaats die Be-
grenzung der Staatssouveränität durch die ge-
schriebene Verfassung, durch die Teilung und
Balance der Gewalten, durch die Herrschaft des
für alle gleichen Gesetzes" (4). Damit war
auch der noch dem Frühliberalismus anhaftende
Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft, Ge-
meinschaft und Individuum gelöst: die Staats-
souveränität wurde konstitutionalisiert, der
Rechtsstaat institutionalisiert.

(1) Ellwein, S. 35

(2) Ellwein, S. 37

(3) Ellwein, S. 37

(4) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 377

An dieser Periode schließt sich der s p ä t e Liberalismus an, deren Vertreter Bähr und Gierke sind. Er begreift den Staat als G e n o s s e n s c h a f t , was als späte Ausformung der organischen Theorie erscheint (1). An die liberale Tradition schließt sich dieses Denken insoweit an, als dieser Staat sich prinzipiell nicht von den gewillkürten Genossenschaften des Privatrechts unterscheidet, also R e c h t s i n s t i t u t i o n ist. Dennoch liegt der Unterschied auch gerade hierin begründet, denn Ausgangspunkt der Betrachtung ist ganz ausschließlich der gegenwärtige Staat (2). Sie bleibt mithin nicht abstrakt, sondern wird konkret. Der Rechtsstaat ist ein j u r i s t i s c h - t e c h n i s c h e r B e g r i f f , der aber auf den gegebenen Staat und dessen Verfassung bezogen wird (3).

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 375

(2) Ellwein, S. 38

(3) Ellwein, S. 38

Zwar entsteht der Staat noch durch den menschlichen Willen. Seinen Ursprung hat er aber im Metaphysischen (1). Für Gierke bleibt dabei "doch stets das kategorial geformte geistige Erlebnis der Einheit nicht im Sinne logischer oder historischer Dialektik, sondern ursprünglicher Zusammenordnung von Person und Gemeinschaft, Sittlichkeit und Recht, Natur und Geist "in einem Ganzen... Grundlage seines rechtsphilosophischen Denkens ist ... das transzendertale Identitätssystem Schellings (2) ...".

Rechtsstaat bedeutet jetzt, daß der Staat im Recht wurzelt, weil sein Organismus das Recht selbst ist (3). Daraus folgt, daß der Liberalismus eines Gierke oder Bähr die Beschränkung der Staatstätigkeit auf eine bloße Verwirklichung von Rechtsvorschriften nicht mehr hin-
nimmt. Der Rechtsstaat verwirklicht sich viel-

(1) Wolf, S. 663

(2) Wolf, S. 661/662

(3) Gierke, Bd. I, S. 831

mehr dadurch, daß er das R e c h t zur Grundbedingung seines Handelns erhebt (1). Das Recht muß v o l k s t ü m l i c h e n und s o - z i a l e n Charakter haben, damit es so zu einer Einheit von Volk und Staat kommt.

Der späte Liberalismus bejaht die G e w a l - t e n g l i e d e r u n g . Er betont die Rolle der Gesetzgebung und die Notwendigkeit einer Volksrepräsentation. Fürst und Volksvertretung stehen nicht mehr nebeneinander, sondern sind Mitträger und Mitorgane des einheitlichen Staates (2).

Mit der Hinwendung zu einer konkreten Betrachtung des Staates wächst das Verständnis für die Aufgaben der Exekutive (3). Doch zeigt sich das alte justizförmige Denken, etwa in der Forderung nach einer ständigen Kontrolle der Exekutive durch die Rechtsprechung,

(1) Gierke, Bd. I, S. 831

(2) Gierke, Bd. I, S. 827

(3) Ellwein, S. 35

insbesondere auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (1). Die Schaffung eines ö f f e n t - l i c h e n R e c h t s wird zu einer Grundforderung spätliberalen, rechtsstaatlichen Denkens. Auch die Rolle des einzelnen verändert sich: zwar sind die Menschenrechte angeboren und vorstaatlich, doch wird darüber nicht mehr diskutiert. In den Vordergrund tritt der Bereich der Staatsbezogenheit des Bürgers. Er ist gekennzeichnet von Staatsbürgerrechten und -pflichten, die dem einzelnen als Bürger zukommen (2).

Der Dualismus von Staat und Gesellschaft wird nicht mehr empfunden. Er ist durch den Organismus Rechtsstaat überwunden.

Die Entwicklung des liberalen Rechtsstaates geht also vom konstruierten Vertragsstaat über den institutionalisierten zum organischen

(1) Ellwein, S. 35

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 378

Rechtsstaat. Bei diesem Prozeß zeigen sich starke Wandlungen. Gemeinsam bleibt aber der liberalen Staatsdenken die Vorstellung, daß das Recht der Staatszweck ist und dadurch die Überschaubarkeit der Staatstätigkeit, ihre Gesetzmäßigkeit und ihre Kontrolle, die Verteilung der staatlichen Funktionen auf verschiedene Organe, die Festlegung der Kompetenzen und die Beteiligung der Gesellschaft an der Gesetzgebung, sowie die Justizförmigkeit auch des staatlichen Handelns, sichergestellt ist (1).

2. Der Konservatismus

erweist sich als noch vielgestaltiger als der Liberalismus. Die vielfältigen Strömungen lassen sich nur zusammenfassen, wenn der Konservatismus als das geistige System definiert wird, das eine Rückkehr in den wahren Grund der Dinge erstrebt (2). Er war deshalb wesensmäßig etwas anderes als bloße Reaktion. Wenn

(1) Ellwein, S. 26

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 326

er als sein Ziel die *R e s t a u r a t i o n* proklamierte, dann verstand er darunter die Wiederherstellung der Ordnung von innen her unter Berücksichtigung von Tradition und Geschichte: "O r d n u n g . . . galt dem konservativen Denken nicht als ein zufälliges und willkürliches, die bloßen Gegebenheiten der Zeit und der Situation widerspiegelndes und daher dem ständigen Wechsel unterworfenen Machtsystem. Ordnung war eben vielmehr ein in zeitlosen Gesetzen gegründetes, durch göttliche Stiftung geheiligtes Gefüge des staatlich-gesellschaftlichen Daseins" (1).

Der Begriff der Ordnung wird zum Zentralbegriff des konservativen Denkens aller Strömungen. Dieses betrachtet als seine Aufgabe, das innere Prinzip dieser Ordnung zu ergründen und zu festigen (2). Dazu bedient es sich der *s a c h l i c h - z w e c k b e z o g e n e n* *D e n k m e t h o d e*, die sich an

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 326

(2) Huber, Verfassungsgeschichte, S. 326

der Wirklichkeit, und auf das Staatsdenken bezogen, an der konkreten verfassungsrechtlichen Wirklichkeit orientiert (1). Die begrifflichen Abgrenzungen und Feststellungen richten sich, je nach dem Standort der verschiedenen Autoren, an der durch den Dualismus von Staat und Gesellschaft gekennzeichneten, konkreten staatlich-politischen Wirklichkeit und den inneren Strukturverhältnissen des staatlichen Lebens aus (2).

Diese Methode ist keine spontane, isolierte Erscheinung, sondern der Endpunkt einer geistesgeschichtlichen Entwicklung, die ihren Ausgangspunkt in der p o l i t i s c h e n R o m a n t i k und der S t a a t s p h i l o s o p h i H e g e l s nimmt.

Indem die Romantik mit der Uniformität der absoluten Vernunftidee bricht, den Geist in die Weite der geschichtlichen Welt führt und

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 126 f.

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 132

lehrt, die Dinge aus ihrem Werden zu begreifen, wird sie eine Führerin zum Realismus (1).

Sie wendet sich aber auch gegen die Philosophie Hegels, die sie zunächst als Produkt der rationalistischen Welt- und Geschichtsauffassung mißversteht (2). Dessen Staatsphilosophie entwickelte sich als Gegenzug zum romantischen Konservativismus (3) und wird zu einer entscheidenden Voraussetzung der sachlich-zweckbezogenen Methode. Denn Hegel kritisiert die von der Aufklärung vorgenommene Gleichsetzung von Wirklichkeit und äußerer Erscheinung und stellt ihr die Wirklichkeit gegenüber, die vernunftdurchwaltet in ihrem Seinsgehalt substantiell erfaßbar ist (4). Wie die Romantik lehnt auch er ein bloß abstraktes Vernunftideal ab; er sieht die Entfaltung einer Weltvernunft im Werden der Welt sich verwirklichen

(1) Schnabel, Bd. I, S. 236 f., Bd. III, S. 31

(2) Huber, Verfassungsgesch. II, S. 331/332

(3) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 329

(4) Böckenförde, Gesetz, S. 126/127

und ist deshalb bestrebt, die sich aneinander ablösenden Individualitäten zur Anerkennung zu bringen (1).

Es erscheint nicht verwunderlich, daß die sachlich-zweckbezogene Methode den vernunftgeprägten Rationalismus scharf bekämpft. Sie sieht den ebenfalls von ihr bekämpften Absolutismus als sein typisches Produkt an (2). Die Vorstellungen, die der Konservativismus demgegenüber von der von ihm angestrebten Ordnung entwickelt, sind transzendent und sittlich-ethisch ausgerichtet, also letztlich m e t a - j u r i s t i s c h (3).

Die von ihm gewählte Methode ist dennoch s a c h b e z o g e n , weil sie die Staatsrechtslehre zu einer Angelegenheit der praktischen Vernunft erklärt (4). An die Stelle

(1) Schnabel, Bd. 3, S. 9 f.

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 331

(3) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 334

(4) Böckenförde, Gesetz, S. 127

der Analyse der verschiedenen Aspekte tritt die ganzheitliche Schau der Dinge, das Streben, Erkenntnisgegenstände in ihrer Totalität zu erfassen und zur Aussage zu bringen (1). Ausdruck dieser Denkart sind die Prinzipien des Universalismus, Traditionalismus, Royalismus und Legitimus.

Bei der Betrachtung des Staates wird auch sein historisch-soziologischer Unterbau gesehen und er selbst aus seinem organischen Zusammenhang begriffen. Hier findet die o r g a n i s c h e S t a a t s t h e o r i e des Konservativismus ihren Ursprung (2). Über Adam M ü l l e r findet sie sich bei Heinrich L e o in der Formel, die Universalgeschichte sei das organische Ganze der sich in Welt und Zeit offenbarenden Gedanken Gottes (3).

Z w e c k b e z o g e n ist das Denken insofern, als es sich an bestimmten politisch-

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 128

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 128

(3) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 333

sittlichen Grund- und Leitbildern ausrichtet und bei der Beurteilung und Lösung konkreter Fragen davon bestimmen läßt. Diese Methode ermöglicht dadurch eher inhaltlich-konkrete Aussagen als die vernunftrechtlich-abstrakte (1).

Auch wenn die politischen Leitbilder verschieden sind, verbindet Denker wie S t a h l und G n e i s t neben der sachlich-zweckbezogenen Denkmethode auch ein gewisser traditionell-bewahrender Grundzug ihrer Staatsvorstellungen, ohne Rücksicht darauf, wo sie im einzelnen unterschiedliche Schwerpunkte setzen. Sie stehen beide unter dem Einfluß der geistigen Strömungen ihrer Zeit: Stahl gehört zur sogenannten hochkonservativen Gruppe des Vormärz (2), Gneist nimmt über Stein die Hegel'sche Philosophie, ihre Forderung nach staatlicher Ordnung der Gesellschaft, in sein Denken auf (3).

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 128, 129

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 333

(3) Böckenförde, Gesetz, S. 160

S t a h l geht von den Ideen des christlichen Staates aus, der seine sittlichen Kategorien der christlichen Moralthologie zu entnehmen hat. Wenn er von sittlich-intellektuellem Reich spricht, so versteht er darunter nicht eine dem Staat immanente, autonome Sittlichkeit, sondern Christlichkeit (1). Dazu genügt aber nicht die Durchdringung des Staates mit christlicher Ethik, sondern die Vorstellung, daß der Staat selbst auf göttlicher Stiftung beruht und deshalb in seinen Institutionen von christlichem Glauben durchdrungen ist. So waren Begriffe wie christliche Ehe oder christliche Schule notwendige Bestandteile der konservativen Staatsdoktrin (2). Zwar ist der Staat nicht eine Theokratie, denn die Herrschaft wird durch menschliche Organe selbständig ohne göttlichen Einfluß vertreten (3). Aber der Staat ist die Lebensordnung des Volkes zur Erhaltung von Gottes Weltordnung.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 333

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 334

(3) Ellwein, S. 83

Diese Vorstellung führt in ihrer letzten Konsequenz bei den Konservativen L e o und G e r l a c h über den christlich geprägten Staat hinaus: ihr Staat wird zur Theokratie (1).

Hinsichtlich der Staatsform sucht S t a h l nach einem Staat, der sich sowohl gegen den reaktionären Absolutismus als auch gegen die seiner Ansicht nach progressiv-anarchische Demokratie abschirmen soll. Er findet sie in der ständisch verfaßten M o n a r c h i e (2). Dabei war sich aber Stahl z. B. darüber im klaren, daß die Tendenzen der Zeit auf die Überwindung des altständischen Wesens, auf den Fortschritt vom ständischen Partikularismus zur nationalen Einheit, vom patrimonialen auf den konstitutionellen Staat gerichtet waren (2a). In ihr spiegeln sich alle dem Konservatismus sakrosankten Prinzipien wider.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 334

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 334

(2a) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 336

Die S t ä n d e v e r f a s s u n g gilt ihm im Gegensatz zum parlamentarisch-liberalen Repräsentativsystem als Ausdruck deutscher Tradition. Volkssouveränität und allgemeine Gleichheit werden abgelehnt, insbesondere die Rechtsgleichheit (1). L e o formuliert: Gleichheit gebe es nur in der Verwesung, wo Leben sei, besteht Ungleichheit (2).

G e r l a c h prägt das Wort von der gottgewollten Ungleichheit, die dem Willen des Schöpfers entspreche (3). Allgemeine Freiheit und Parlamentsouveränität werden verworfen. In dem einen fehlt den Konservativen der Bezug zur Ordnung, im anderen sehen sie die Gefahren eines omnipotenten Staates und eines Parlamentsabsolutismus. Des Königs Macht soll nicht durch ein Parlament und Prinzipien wie Volkssouveränität und Gewaltenteilung beschränkt sein.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 335

(2) zit. bei Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 335

(3) zit. bei Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 335

Eine verfassungsmäßige Ordnung halten sie deshalb für notwendig, weil auch sie den Dualismus von Staat und Gesellschaft überwinden wollen. Stahl entwickelt das monarchische Prinzip.

Keineswegs will Stahl aber damit ein Königtum absolutistischer Prägung verfechten. Denn gerade Stahl lehnt den Absolutismus scharf ab und ist, was die Staatsgattung betrifft, ein entschiedener Verfechter des Rechtsstaatsgedankens (1). Die Rechtsstaatsidee bezeichnet für ihn weniger Ziel und Inhalt des Staates, als die Art und Weise, ihn zu verwirklichen. Diese Auffassung bedeutet nicht, daß der Rechtsstaat nur ein formaler Begriff wird. Der Inhalt der Staatstätigkeit ist keineswegs beliebig. Doch im Gegensatz zur liberalen Ansicht schafft das Recht als eine äußere und erzwingbare Ordnung diese Inhalte nicht aus sich, sondern findet sie vor und

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 335

Anm. Dabei handelt es sich aber um einen ständischen, nicht um den bürgerlichen

Rechtsstaat

und ermöglicht durch seine Ordnung deren Verwirklichung. Stärker noch als das Recht tritt die Sitte in den Mittelpunkt des Denkens. Der Staat hat als sittliches Reich nicht nur rechtliche, sondern sittliche Aufgaben (1).

Der Rechtsstaat Stahls ist korporativ gegliedert. Er läßt eine rechtliche Definition des Verhältnisses von Untertan und Obrigkeit nicht zu, weil die Beziehungen zwischen Untertan und Obrigkeit sich der Kodifikation entziehen (2). Deshalb gibt es auch keine Kompetenz der ordentlichen Gerichte bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten (3).

Der konservative F r e i h e i t s b e -
g r i f f ist ständisch orientiert, nicht individuell. Der einzelne soll im Schutz seines Standes der Widerpart der staatlichen Macht sein. Es findet sich ein ständisch gebundenes,

(1) Stahl, Auszug, S. 21

(2) Ellwein, S. 90

(3) Ellwein, S. 90

der Überlieferung zuneigendes Rechtsbewußtsein, dem auch die historische Schule zuneigt. Sie sieht im Recht das Erzeugnis des stillwaltenden Volksgeistes, nicht der planvollen, rationalen, auf Neues gerichteten Rechtsschöpfung (1). Sie bestreitet die Machtbarkeit des Rechts und widersetzt sich seiner Kodifikation. Aufgabe des Staates ist nur die Rechtswahrung, nicht die Rechtsgestaltung (2).

Das Prinzip der Gewaltenteilung unterzieht Stahl einer scharfen Kritik. Nicht nur der Begriff der Gewaltenteilung, sondern auch jede Gewaltengliederung als Trennung und Verteilung der Staatsfunktionen stößt bei ihm auf Ablehnung (3).

Immerhin erkennt er die Gewaltenteilung als ein echtes politisches Bemühen bei der Kontrolle der Staatsgewalt an. Allerdings kann die

(1) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 335

(2) Huber, Verfassungsgeschichte II, S. 335

(3) Böckenförde, Gesetz, S. 176/177

Gewaltenteilung nur eine Mitwirkung bei der Ausübung gewisser Funktionen der Staatsgewalt durch andere Elemente oder die Überlassung solcher Funktionen an die Staatsgewalt bedeuten.

.

Zusammengefaßt läßt sich feststellen: "Da der Staat über sittlich freie Persönlichkeiten herrscht und diese als solche respektieren muß, ist seine Aufgabe nicht die Bestimmung und Erfüllung der individuellen Lebensaufgabe, sondern die Ordnung und Förderung des Gemeinlebens. Und eben darum kann er auch die sittlichen Ideen, die ihm aufgegeben sind, nicht unbedingt, sondern nur in der Weise des Rechts, d. h. im Rahmen einer auf äußeres Verhalten bezogenen, zuletzt erzwingbaren Ordnung realisieren. Er muß sich deshalb auf die äußere Ordnung und Förderung des Soziallebens beschränken und kann seine Gewalt nur in begrenzter Weise und im negativen Umfang, eben als Rechtsstaat, gebrauchen" (1).

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 170

Ebenso wie für Hegel bildet für G n e i s t das Begreifen der konkreten staatlich-politischen Wirklichkeit das Fundament seiner staatsrechtlichen Lehre. Auch für ihn ist diese Wirklichkeit gekennzeichnet durch den Dualismus von monarchischem Staat und bürgerlicher Gesellschaft und der Aufgabe, beide zu versöhnen. Gneist begründet seine Lehre aus der geschichtlichen Entwicklung des Verfassungs- und Verwaltungsrechts.

Gneist war der Ansicht, daß in der englischen Verfassung der Dualismus von Staat und Gesellschaft vorbildlich gelöst sei (1) und zwar durch eine organische Verbindung von beiden. Dabei wurde der Staat nicht vergesellschaftet, sondern die Gesellschaft staatlich geordnet, wie sich Hegel das für Deutschland vorstellte.

Gneists Ziel ist, die I n t e g r a t i o n der bürgerlichen Gesellschaft in den monarchischen Beamtenstaat von der Tradition des deut-

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 160

schen öffentlichen Rechts her zu rechtfertigen. Die Staatsgewalt ist für ihn die Dienerin der gesellschaftlichen Interessen (1). Die Geschichte wird auf diese These hin in den Dienst juristisch-politischer Ziele gestellt und von daher ideologisch interpretiert.

Es geht Gneist um die Erhaltung der selbständigen Regierungsgewalt. Deren Regulator und Begrenzung ist die Gesetzgebung (2). Ausdrücklich wird die Auffassung abgelehnt, daß die Legislative die Exekutive bestimmt. Denn dann besteht die Gefahr, daß "das Gesetz selbst in der nach demokratischem Ideal vereinfachten Weise der Gesetzgebung nur eine Form des Mehrheitswillens in jedem gegebenen Augenblick" ist (3), während "... die Exekutive ... in der Wirklichkeit nur ein Organ des zeitigen Willens der Gesellschaft, d. h. der Majorität der stärkeren

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 163

(2) Gneist, Rechtsstaat, S. 18

(3) Gneist, Rechtsstaat, S. 167

Interessen wird", "welche in der gesellschaftlichen Vertretung zur Zeit vorwalten ..." (1).

Die einzelnen Staatsfunktionen behandelt Gneist nicht. Sein Denken richtet sich vor allem auf praktikable Lösungen der Probleme, die gerade aktuell sind (2). Insofern fehlen, anders als bei Stahl, prinzipielle Erörterungen; er argumentiert vordergründiger: "Es ging ihm ganz einfach wesentlich um die praktische Zuordnung der in Gesetzgebung und Regierung wirksamen staatlichen und gesellschaftlichen Kräfte gemäß seiner Vorstellung von der staatlich geordneten Gesellschaft" (3). Hinter diesen Auffassungen Gneists steht unausgesprochen eine **i n h a l t l i c h e** Auffassung der Staatsfunktionen. Gesetzgebung und Regierung sind eigenständige Gewalten.

Die **R e g i e r u n g** ist die aktiv handelnde, unmittelbar sozial-gestaltende und planende Funktion. Sie ist im Grunde die Quelle aller

(1) Gneist, Rechtsstaat, S. 172

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 168

(3) Böckenförde, Gesetz, S. 168

staatlichen Tätigkeit, die nur von den Gesetzen begrenzt werden kann.

Die G e s e t z g e b u n g regelt, auch für die Regierungsgewalt verbindlich, den persönlichen Lebensbereich der Bürger. Indem sie in den Grundlagen des Verwaltungsrechts den institutionellen Rahmen für die freie Tätigkeit der Regierung schafft, verwirklicht sie den Rechtsstaat. Denn sie gleicht zwischen der geschichtlich gewachsenen Staatlichkeit der Monarchie und den vorwärtsdrängenden Kräften der Gesellschaft aus. Nur so kann sich der Staat behaupten und die Gesellschaft in sich integrieren (1). So bleibt festzustellen: Mit seiner Argumentation nimmt Gneist die Staats- und Geschichtsphilosophie Hegels auf, die er um das von Lorenz von Stein gelieferte soziologische Fundament verbreitert. Der R e c h t s s t a a t Gneists ist damit die historisch gewachsene, soziologische Ordnung.

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 169

3. Die historisch-politische Situation in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts begünstigt die Ablösung der für den Liberalismus und Konservativismus jeweils typischen Methoden in der Staatsrechtslehre (1). Weder gelingt es dem politischen Liberalismus, den deutschen Staat nach seinen politischen Vorstellungen umzugestalten, noch kann der Konservativismus seine Vorstellungen in dem von ihm gewünschten Ausmaß verwirklichen (2). So zeigen sich in den geistig-politischen Auseinandersetzungen auf beiden Seiten Ermüdungserscheinungen.

Gegenüber dem andrängenden P o s i t i v i s -
m u s und R e l a t i v i s m u s strecken
beide Bewegungen in zunehmendem Maße die Waf-
fen (3). Sie finden sich mit der politischen
Situation ab. Das geistige Interesse verlagert
sich von den Geisteswissenschaften auf die
Erfahrungswissenschaften und die Technik. Das
geht soweit, daß metaphysischen und ontolo-

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 210, 211

(2) Huber, Verfassungsgesch. II, S. 388/389

(3) Böckenförde, Gesetz, S. 214

logischen Erörterungen der Wissenschaftscharakter abgesprochen wird (1).

Die Methoden der exakten Wissenschaften durchdringen auch die Geisteswissenschaften. Das führt zu einer Verengung der Betrachtung auf äußerlich wahrnehmbare positiv-existierende Gegenstände und erfahrbare Erscheinungen. Es wird erfaßt, analysiert und klassifiziert, um die wissenschaftliche Erkenntnis zu garantieren (2).

In der Staatsrechtslehre entsteht der sogenannte j u r i s t i s c h e P o s i t i v i s m u s als eine methodische Grundhaltung. Er sucht die unausgetragenen politischen Prinzipienkämpfe, insbesondere den Zwiespalt zwischen monarchisch-bürokratischem Militärstaat und bürgerlichem Rechtsstaat mit rein juristischen, politisch neutralen Begriffsbildungen zu überbauen (3).

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 210

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 210

(3) Böckenförde, Gesetz, S. 214

Diese juristisch-formale Methode stellt sich als eine *S y n t h e s e* von vernunftrechtlich abstrakter und sach- und zweckbezogener Methode dar (1). Mit der vernunftrechtlich abstrakten Methode verbindet sie die betont logisch-formale Ausrichtung, die gewollte Abstraktion, damit verbunden der mangelnde Wirklichkeitsbezug, die Konzentration auf den Aspekt und das analytisch-konstruktive Verfahren (2).

Mit der sach- und zweckbezogenen Methode ist ihr gemeinsam das Streben nach sachgerechten Begriffen, Unterscheidungen und Abgrenzungen.

Andererseits sieht die juristisch-formale Methode die sach- und zweckbezogene stets als ihr Gegenteil an und begreift sich als ihre Überwindung. Denn die sach- und zweckbezogene Methode bleibt im wesentlichen bei der Herausarbeitung des Typischen stehen. Sie vermag es

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 215

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 215

nicht, zu spezifisch juristischen, exakt-präzisen Aussagen zu kommen (1).

Die j u r i s t i s c h - f o r m a l e
M e t h o d e isoliert sich bewußt von Politik, Philosophie, Geschichte und Soziologie. Sie will nur die juristische Konstruktion, losgelöst von ihren teleologischen Zusammenhängen (2). Das Staatsrecht untersucht also die juristische Natur der staatlichen Einrichtungen. Es wird zu einer reinen Normwissenschaft; seine Aufgabe wird es, zu ordnen, zu systematisieren, zu subsumieren, und zwar unter abstrakte Rechtsbegriffe (3). Die Betrachtung beschränkt sich dabei auf das empirische positive Recht. Eine Wertung, Rückschlüsse auf theoretische Erkenntnisse, werden scharf abgelehnt. Diese logisch-formale Betrachtungsweise soll die Rechtswissenschaft dem politischen Interessenstreit entziehen und in eine diesem ent-

(1) Böckenförde, Gesetz, S. 210

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 211 f.

(3) Gerber zit. bei Triepel, S. 9

hobene Neutralität versetzen. (1)

Von diesem methodischen Ausgangspunkt her müssen alle grundsätzlichen verfassungstheoretischen und politischen Fragen, welche liberales und konservatives Denken von Rotteck bis Gneist, von Kant bis zu Hegel bewegt und aufgeworfen hatten, zurücktreten (2). Sie sind nicht mehr rechtswissenschaftlich interessant. Allerdings gelingt es nicht ganz, philosophische, politische und soziologische Erörterungen aus dem Staatsrecht zu verbannen, und es so ganz juristisch zu gestalten. Denn Fragen nach Grund, Zweck und Wesen von Staat und Recht, führen zwangsläufig zu metaphysischen und ethischen Problemen (3).

Die Einstellung zum Staat hat sich verändert. Es kommt nicht mehr auf die Überwindung des Dualismus von Staat und Gesellschaft, die inhaltliche Verwirklichung der Rechtsstaatsidee, an. Diese Probleme gelten als ausdiskutiert.

(1) Laband, Vorwort S. VI, 1. Aufl.

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 216

(3) Gierke, Laband, S. 1118, 1119

Von Interesse ist jetzt, den tatsächlich vorhandenen Staat juristisch in den Griff zu bekommen (1). In diesem Zusammenhang ist der R e c h t s s t a a t von Interesse, aber er ist nurmehr ein O r g a n i s a t i o n s - p r i n z i p in der Form des sogenannten Verfassungsstaates (2).

Es geht um die juristisch-formale Interpretation der Verfassungswirklichkeit, insbesondere, ob der Staat als Rechtsstaat organisiert ist, ob die staatliche Tätigkeit nach Rechtsgrundsätzen ausgeübt wird. Von daher erscheint der Begriff K o n s t i t u t i o n a l i s m u s für die herrschende Staatsrechtslehre im Deutschland der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gerechtfertigt (3). Ihr Hauptkennzeichen ist, daß der Monarch das höchste Staatsorgan, doch in der Ausübung der Staatsgewalt durch eine Repräsentativversammlung gewissen verfassungsmäßigen Schranken unterworfen bleibt (4).

(1) Laband, Vorwort, S. X, 3. Aufl.

(2) Laband, Bd. 2, S. 171, 4. Aufl.

(3) Huber, Verfassungsgesch. III, S. 3 f.

(4) Huber, Verfassungsgesch. III, S. 9

Die Lehren O t t o v o n S a r w e y s sind in dem hier dargestellten Sinn als konstitutionell und juristisch-formal zu bezeichnen. Die Fragen nach Grund, Zweck und Wesen von Staat, Recht, Gesellschaft und Volk treten bei ihm zwar im Gewand apriorischer Begriffe auf, doch wird jedesmal eine juristische Definition versucht. Die Ergebnisse, zu denen er dabei kommt, stellen eine Synthese von Elementen aus konservativen Gedanken bei Hegel, Stein und Gneist, aber auch von liberalen wie bei Gierke und Bähr dar. Er übernimmt die Staatsdefinition von Savigny (1), die er nach zwei Seiten hin interpretiert; nach der individuell-persönlichen und nach der natürlich-traditionellen. Er verwirft den liberalen Rationalismus und Individualismus ebenso, wie den Romantizismus der historischen Schule und die Identitätsphilosophie Hegels (2). Denn ihm kommt es vor allem auf "die Behandlung der Materie unter dem vorherrschenden Gesichts-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 8

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 8, 9

punkt der folgerichtigen Begriffsentwicklung mit Beziehung auf die Rechtsanwendung" (1) an. Der S t a a t ist die "Organisation des Volkes, die zum individuellen persönlichen Leben erhobene Gemeinschaft der Einzelnen in selbständiger höherer und unendlich großartiger Gestalt der Persönlichkeit als der Einzelne" (2). Dieser Staat hat als solcher Interessen, die unabhängig von der Wahrung der Rechtsordnung bestehen. Das Interesse von Staat und Individuum ist nur soweit identisch, als sich der Staat die Verwirklichung dieser Interessen zur Aufgabe gesetzt hat. Der Zentralbegriff in Sarweys Staatsdenken ist das ö f f e n t l i c h e I n t e r e s s e . Allein darauf ist der Staatswille gerichtet (3).

Davon ausgehend entwickelt Sarwey seine Vorstellungen vom V e r f a s s u n g s - s t a a t . Erstes Kennzeichen dieses Staates

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, Einleitung, S.7

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12, 13

ist eine G e w a l t e n g l i e d e r u n g (1). Sie orientiert sich am öffentlichen Interesse und ist rechtlich eine echte Zuständigkeitstrennung (2). Staat und Individuum bedingen sich gegenseitig. Die Anwendung staatlicher Gewalt gegen den einzelnen ist notwendig, um Anarchie zu verhindern. Die Garantie dafür, daß nicht unter dem Mantel des Staatsinteresses die Interessen weniger oder einzelner Inhaber staatlicher Gewalt auf seine Kosten befriedigt werden (3), gewinnt der einzelne aus den Gesetzen.

Die G e s e t z g e b u n g hat unter den staatlichen Funktionen den Vorrang (4).

Sarwey unterscheidet f o r m e l l e und m a t e r i e l l e G e s e t z e (5).

Die ersteren sind solche, die in dem verfassungsmäßig vorgeschriebenen Gesetzgebungs-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 34

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 35

(3) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 34

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 17

(5) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 25

verfahren zustandegekommen sind, letztere sind solche, die auch aufgrund bloßer gesetzlicher Ermächtigung als Verordnung von der Exekutive erlassen werden können (1).

Die Staatstätigkeit kann in der bloßen Vollziehung einer Rechtsnorm bestehen. Die Funktion der *E x e k u t i v e* ist jedoch damit nicht erschöpfend erfaßt. Sie umfaßt auch das weite Gebiet der Verwaltung.

Im Verfassungsstaat unterliegt die Verwaltung einer gesetzlichen Bindung, sie wird berechenbar und beschränkt, ohne ausschließlich von ihr bestimmt zu sein. Das Prinzip der *G e s e t z m ä ß i g k e i t* der *V e r w a l t u n g* ergibt sich zwingend aus der gegenseitigen Abhängigkeit der Staatsfunktionen voneinander (2). Das Prinzip ist aber noch nicht die Lösung des Gegensatzes von Individuum und Staatsgewalt. Diese ergibt sich erst

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 25, 26

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 31

durch die gegenseitige Rechtsbindung. Die Verwaltungsgesetzgebung wird zum Regulator der Verwaltungstätigkeit (1).

Im Verfassungsstaat ist auch die Rechtsprechung Wahrnehmung öffentlicher Interessen. Ihre Aufgabe ist die Behauptung der Rechtsordnung gegen Verletzungen durch ihre Wiederherstellung (2). Sie stellt fest, was der Rechtsordnung entspricht und geht gegen deren Verletzer nötigenfalls auch mit Gewalt vor, ohne Rücksicht auf andere Interessen (3). Das öffentliche Interesse verfolgt sie durch die rechtsverpflichtende Bestimmung des Willens anderer. Das hat sie mit der Verwaltung gemeinsam. Es bestehen aber folgende Unterschiede: Für die Rechtsprechung ist die Erhaltung der Rechtsordnung Selbstzweck; für die Verwaltung ist sie nur Mittel zum Zweck für ihr Handeln (4). Die Rechtsprechung wird nur tätig,

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 37

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12

(3) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 12

(4) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 13

wenn es zu einer Verletzung der Rechtsordnung gekommen ist; die Verwaltung will das öffentliche Interesse auch ohne Anlaß verwirklichen.

Die Rechtsprechung wird von Menschen ausgeübt. Zwischen dem Richter und der zu verwirklichenden Rechtsordnung besteht eine so enge Beziehung, daß zur Erhaltung des Vertrauens des Bürgers in die Rechtsprechung verschiedene Sicherungen notwendig sind. Diese bestehen in einer scharfen Trennung von Rechtsprechung und Gesetzgebung, in genau formulierten, allgemeinverbindlichen Gesetzen und in dem Schutz der Unabhängigkeit des Richters (1).

Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt nur für die ordentliche Gerichtsbarkeit. Daneben gibt es die sogenannte *V e r w a l t u n g s - j u r i s d i k t i o n* (2), die sich mit der Nachprüfung von Verwaltungsakten beschäftigt. Sie gehört aber nicht zur Rechtsprechung und unterliegt einer gerichtsartigen Selbstkontrolle. Die sie ausübenden Beamten unter-

(1) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 43, 44

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 3

liegen bei Amtspflichtsverletzungen scharfen Strafen. Der Bürger hat zum Ausgleich des zugefügten Schadens die Amtshaftungsklage vor den Zivilgerichten. Außerdem steht ihm ein Beschwerderecht zu.

Die Organisation der V e r w a l t u n g s -
r e c h t s p f l e g e , insbesondere ihre
Trennung von der Verwaltung, ohne sie ordentlichen
Gerichten zu übertragen (1), beschäftigt Sarwey stark. Den Gegensatz zwischen den
Ansprüchen der Verwaltung auf ihre freie Betätigung und der von der Rechtsprechung stets
geforderten Bestimmtheit der Rechtsnormen
will er dadurch lösen, daß er die Verwaltungsgesetzgebung unmittelbar auf ihren praktischen
Zweck ausrichtet

Die Vorstellungen Sarweys vom konstitutionellen Staat werden präzisiert durch die Rolle, die er darin der S e l b s t v e r w a l -
t u n g einräumt (2). Sie ist das positive Element seines Verfassungsstaats, das Zu-

(1) Sarwey, Öffentliches Recht,
Einleitung, S. 2

(2) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 36 - 38

sammenwirken vieler zur Verwirklichung des Willens der Staatspersönlichkeit. Sarwey lehnt sich hier stark an die Vorstellungen Gneists an. Nur durch die Heranziehung der einzelnen zur Besorgung der öffentlichen Geschäfte in der Form des Ehrenamtes kann die komplizierte Aufgabe der Verwirklichung des Volkswillens im Staat gelöst werden. Die Selbstverwaltung im Verfassungsstaat ist deshalb keine bloße Kompetenzbezeichnung, sondern ein Prinzip, das die ganze Staatsorganisation durchzieht (1).

In der G e s e t z m ä ß i g k e i t d e r V e r w a l t u n g sieht Sarwey die Voraussetzung für eine freie Entfaltung des Individualinteresses. Vorstaatliche und vom Staat absolut zu respektierende Einzelrechte werden in deutlichem Gegensatz zur Naturrechtslehre abgelehnt. Die I n d i v i d u a l r e c h t e Freiheit und Eigentum sind in der Gesetzgebung zu verwirklichen, ohne daß es dazu einer besonderen Formulierung oder gar Katalogisierung bedarf (2). Denn das ist nach seiner

(1) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 38

(2) Sarwey, Verwaltungsrecht, S. 119 f.

Auffassung ohne jeden praktisch-juristischen Wert, weil es entweder auf eine bloße Publikation von Idealen oder auf die Bestätigung der historischen Entwicklung hinausläuft. Sarwey lehnt es ab, Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht anzuerkennen. Alle Bürgerrechte sind der Gesetzgebung unterworfen und stehen damit zur Disposition der Staatsgewalt. Das erscheint auch verständlich, weil der einzelne nach Auffassung Sarweys individuelle Rechte nur besitzt, weil er Glied des Gemeinwesens, des Staates, ist (1).

Zusammengefaßt ist festzustellen: Im Mittelpunkt der Verfassungstheorie des 19. Jahrhunderts steht die Frage nach dem Wesen und der Gestaltung des monarchischen Staates (2). Eine Antwort auf dieses Problem suchen im 19. Jahrhundert die geistigen Bewegungen des Liberalismus, Konservatismus und Konstitutionalismus. Zu den Vertretern des Konsti-

(1) Sarwey, Staatsrecht, S. 173

(2) Huber, Verfassungsgeschichte III, S. 3

tionalismus gehört Otto von Sarwey.

Den Liberalen erscheint die konstitutionelle Staatstheorie als versteckte Fortsetzung eines durch Feudalismus, Militarismus und Bürokratismus abgesicherten Absolutismus. Sie vermissen an ihm vor allem parlamentarisch-demokratische Züge (1). Die Konservativen sehen in ihm ein entscheidendes Abgehen von geheiligten Prinzipien, eine nur mühsam verschleierte Kapitulation vor der Revolution, ein Abgleiten in ein parlamentarisches Chaos, bei dem die konstitutionelle Monarchie nur noch eine hohle Institution ist (2).

Immerhin hat die konstitutionelle Staatsrechtslehre mit ihrer bewußt juristisch-abstrakten Methode versucht, die erstarrten Fronten bei der Frage der Gestaltung des Verfassungsstaates in Deutschland zu überwinden. Sie versuchte eine Verfassung zu schaf-

(1) Huber, Verfassungsgeschichte III, S. 3

(2) Huber, Verfassungsgeschichte III, S. 3

fen, die zwischen den beiden Extremen Absolutismus und Parlamentarismus lag. Das ist ihr theoretisch und praktisch gelungen. Der in Artikel 57 der Wiener Schlußakte erstmals geprägte Begriff der *k o n s t i t u t i o n e l l e n M o n a r c h i e*, eine Verbindung von Volksvertretung und monarchischem Prinzip, wurde theoretisch begründet und praktisch verwirklicht (1).

Wenn auch nicht übersehen werden darf, daß es sich bei dem Problem der Vereinbarkeit der Freiheit des Individuums mit der monarchischen Staatsgewalt in einem Rechtsstaat um eine für das 19. Jahrhundert typische Problemstellung handelt (2), so hat sie für das Verständnis des modernen Sozialstaates, der auch heute Rechtsstaat sein will, ihren Wert behalten.

(1) Huber, Verfassungsgeschichte III, Vorwort, S. VII

(2) Böckenförde, Gesetz, S. 342

Auf die aktuelle Problematik der Verwirklichung des Rechtsstaates konnte die vorliegende Arbeit nicht eingehen. Doch mag sie dazu dienen, die in der Gegenwart fortwirkende Vergangenheit zu erkennen und besser zu verstehen.

Lebenslauf

Am 17. Juli 1940 wurde ich als erstes Kind des Regierungsdirektors Lothar Korn und seiner Ehefrau Meta, geborene Büttner, in Berlin geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1950 bis 1959 besuchte ich das altsprachliche Gymnasium. Am 28. Februar 1959 legte ich am Gymnasium Carolinum in Osnabrück die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1959 begann ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Münster. Im Sommersemester 1960 und im Wintersemester 1960/61 studierte ich an der Freien Universität Berlin und im Sommersemester 1961 an der Universität Wien.

Ich beendete mein Studium im Wintersemester 1962/63 an der Universität Münster. Am 14. September 1963 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab, am 29. September 1967 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Berlin.

Einleitung

Im Jahr 1900 wurde das erste Mal ein
wissenschaftliches Institut für die
Forschung der Naturgeschichte in
der Stadt gegründet.

Im Jahr 1900 wurde das erste Mal ein
wissenschaftliches Institut für die
Forschung der Naturgeschichte in
der Stadt gegründet.

Im Jahr 1900 wurde das erste Mal ein
wissenschaftliches Institut für die
Forschung der Naturgeschichte in
der Stadt gegründet.

Im Jahr 1900 wurde das erste Mal ein
wissenschaftliches Institut für die
Forschung der Naturgeschichte in
der Stadt gegründet.

